Die Fusion von Aktien-Gesellschaften nach deutschem Handelsrecht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Artur Gern

aus Ludwigshafen am Rhein

Rechtspraktikant am K. Landgericht München I.

Approbiert am 5. Juni 1907.

Würzburg.

Anton Boegler'sche Buchdruckerei

1907.

Referent: Univ.-Professor Dr. Sehling.

Meinen lieben Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Der Begriff der Fusion 3
§ 3. Der Hergang der Fusion 12
§ 4. Das Schicksal des Vermögens der übertragenden Gesellschaft und die übernehmende Gesellschaft:
A. im Falle des § 305 31
B. im Falle des § 306 40
§ 5. Die Wirkung der Fusion auf die von der übertragenden Gesellschaft geschlossenen Verträge 55
§ 6. Besonderheiten im Falle der Fusion von Versicherungsgesellschaften 59
§ 7. Kritische Schlussbetrachtung 62

Literatur.

Alexander-Katz, Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12.5.1901 (1901).

Archiv f. Bürgerliches Recht, herausgeg. von Kohler u. Ring Bd. 9 (1894).

Archiv für civilistische Praxis, herausgeg. von Löhr, Mittermaier u. Thibaut Bd. 5 (1822).

Badische Rechtspraxis Jahrgang 1904 (nach einem Abdruck in Kaufmann, handelsrechtl. Rechtsprechung 1906).

Bauer, das Aktiengesetz in der Fassung des neuen Handelsgesetzbuches (1899) (zit. Bauer).

Bauer, Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung XIV. Jahrgang (1906/07).

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts (1896).

Cahn, der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft (1907).

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II (1902).

Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens Bd. II/1 (1905).

Ehrenberg, Versicherungsrecht Bd. I (1893).

Ehrenberg, die Abtretung des Portefeuilles in Zeitschr. für d. gesamte Versicherungswissenschaft Bd. 4 (1904).

Enneccerus-Lehmann, das bürgerliche Recht Bd. I (1901).

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, herausgeg. v. Reichsjustizamt Bd. VII (1906).

Esser, R. u. F., die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des HGB. von 1897 (1899).

Gaupp-Stein, Kommentar z. CPO. Bd. I (1906).

Goldmann, S., das Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897 Bd. II (1905).

Goldstein, der Konkurs der Aktiengesellschaft in Hirths Annalen des deutschen Reichs 1901 S. 721 ff.

Hahn, C., u. B. Mugdan, die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. VI (1897).

Hahn, F. v., Kommentar zum ADHGB. (1875/77).
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901).
Henoch, die Umwandlung einer KAG. in eine AG. und einer AG. in eine KAG. (Heidelberger Dissertation 1906).
Hergenhahn, das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften v. 1884 (1891).
Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen Jahrg. III, VIII, IX, X, XII, XIV, XVI.
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung (1904).
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts herausgeg. v. Johow Bd. 11, 21, 28.
Juristenzeitung Deutsche Bd. III (1898) und Bd. X (1905).
Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsass-Lothringen herausgeg. von Sohn Bd. 29, 31 (1904, 1906).
Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht (1903).
Küfner, Fusion einer Aktiengesellschaft (Erlanger Dissertation 1896).
Lehmann, das Recht der Aktiengesellschaften Bd. II (1902).
Lehmann, Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungen in Goldschmidt's Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 50 S. 1 ff.
Lehmann u. Ring, das HGB. f. das deutsche Reich Bd. I (1902).
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar (1901).
Makower u. Simon, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches (1896).
Merzbacher, Aktiengesetz (1901).
Petersen u. Pechmann, Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften v. 1884 (1890).
Pinner, das deutsche Aktienrecht (1899).
Planck, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch Bd. II, 1. Hälfte (1907).
Predari, Grundbuchordnung (1907).
Puchelt-Förtsch, Kommentar zum ADHGB. (1892).
Recht, das, herausgeg. von Soergel Bd. X (1906).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeb. von Mugdan und Falkmann Bd. X und XI.
Rehbein, Recht der Schuldverhältnisse; allgemeine Bestimmungen (1904).
Rehm, die Bilanzen der Aktiengesellschaften etc. (1903).
Rehm, Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen (1907).
Renaud, das Recht der Aktiengesellschaft (1875).
Riesser, die Neuerungen im deutschen Aktienrecht (1899).
Ring, Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften (1893).
Sammlung von Entscheidungen des bayer. obersten Landesgerichts in Civilsachen Bd. II, III, VI (1901, 1902, 1905).

Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. III (1840/49).
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse 1. Hälfte (1900).
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. 47 (1892).
Seuffert, Kommentar zur CPO. (1905).
Staub, Kommentar zum ADHGB. (1897).
Staub, Kommentar zum HGB. (6/7. Aufl. 1900 u. 8. Aufl. Bd. I 1906). (Die 6/7. Aufl. ist nur zitiert, soweit sie von der 8. abweicht).
Staudinger, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch Bd. II/1 (1903/06).
Turnau u. Förster, das Liegenschaftsrecht (1906).
Wallich, die Konzentration im deutschen Bankwesen (1905).
Wiener, Umwandlungen und Fusion von Gesellschaften in Goldschmidt's Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 27 S. 333 ff.
Wolff, E., die Praxis der Finanzierung etc. (1905).
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, herausgeg. v. von der Pfordten Bd. III (1907).
Zentralblatt f. freiw. Gerichtsbarkeit, herausgeg. von Lobe Bd. VI (1905/06).

Die Abkürzungen entsprechen den Vorschlägen des Deutschen Juristentages von 1904.

Sind §§ oder art. ohne nähere Bestimmung zitiert, so sind §§ des HGB. von 1897 bezw. art. des ADHGB. gemeint.

§ 1.

Einleitung.

Der Art. 242 Abs. 1 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches von 1861 und in Übereinstimmung mit ihm § 292 Abs. 1 des deutschen Handelsgesetzbuches von 1897 führt drei Gründe der Auflösung einer Aktiengesellschaft auf: Zeitablauf, Generalversammlungsbeschluss und Konkurseröffnung. Indes wollen die beiden Gesetze hiemit keine erschöpfende Aufzählung der Beendigungsfälle geben. Das erhellt aus dem zweiten Absatz des Art. 242 bezw. § 292, wonach die gesetzlichen Vorschriften über die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus den im ersten Absatz der Gesetzesstelle bezeichneten Gründen auch dann zur Anwendung gelangen, wenn die Auflösung der Gesellschaft aus anderen Gründen erfolgt. Das Gesetz erkennt also das Vorhandensein weiterer Beendigungsfälle an, unterlässt es aber, solche zu benennen, wie sie besonders zu regeln. Vielmehr geht das Gesetz davon aus, dass auch bei Auflösung einer Aktiengesellschaft aus anderen als den in Art. 242 Abs. 1 bezw. § 292 Abs. 1 genannten Gründen die allgemeinen Grundsätze über Auflösung von Aktiengesellschaften Platz greifen, insbesondere stets eine Liquidation des Vermögens der Gesellschaft erfolgt. Einen Fall der Auflösung der Aktiengesellschaft jedoch regelt das ADHGB. besonders einen

Spezialfall der Veräusserung des Gesamtvermögens einer Aktiengesellschaft: Art. 247 trifft abweichende Bestimmungen für den Fall der Auflösung einer Aktiengesellschaft durch Veräusserung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren. Diese – von der Theorie – sogenannte Fusion unterscheidet sich von den sonstigen Fällen der Auflösung namentlich dadurch, dass die dort[1]) obligatorische Liquidation hier unterbleibt.

Das HGB. von 1897 geht in der besonderen Regelung einzelner Auflösungsfälle weiter als das ADHGB. Während das alte Gesetz nur einen Spezialfall der Veräusserung des Gesamtvermögens eigenen Vorschriften unterwirft, trifft das neue HGB. für den allgemeinen Fall einer solchen „Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräusserung des Vermögens im Ganzen" besondere Bestimmungen (§ 303). Daneben erfahren zwei Spezialfälle einer solchen „Generalliquidation"[2]) eine selbständige Normierung: Die Übertragung des Vermögens als Ganzes an das Reich, einen Bundesstaat oder einen inländischen Kommunalverband (§ 304) und die Fusion (§§ 305, 306).

Der Fusionsbegriff des HGB. stimmt – abgesehen von der Erstreckung des Falles auf die Vereinigung einer Aktiengesellschaft mit einer Kommanditgesellschaft auf Aktien – sachlich mit demjenigen des ADHGB. überein. Dagegen zeigt die Durchführung der Fusion nach dem neuen Recht gegenüber dem bisherigen Gesetze wesentliche Abweichungen. Insbesondere lässt dass HGB. von 1897 das Prinzip der liquidationslosen

[1]) Abgesehen von dem Falle des Konkurses.

[2]) Ehrenberg, die Abtretung des Portefeuilles in Z. Vers. Wiss. 1904 S. 25.

Fusion fallen und sieht in der Ausschliessung der Liquidation „den accidentalen, nicht den naturalen Hergang".[1]) Daher lässt es sowohl die Fusion mit Liquidation, als die liquidationslose Fusion zu und regelt beide Fälle gesondert. Die Betrachtung der rechtlichen Gestaltung der Fusion nach geltendem Handelsrecht bildet den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

§ 2.
Der Begriff der Fusion.

Die beiden im Handelsgesetzbuch geregelten Fälle der Fusion unterscheiden sich lediglich in der Durchführung der Fusionstransaktion. Der Fusionsbegriff ist beiden gemeinsam. In beiden Fällen handelt es sich um „die Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft". (§§ 305 Abs. 1, 306 Abs. 1.) Dem Wortlaut dieser Bestimmung nach fänden also die Vorschriften des Gesetzes über Fusion nur Anwendung, wenn es sich um die Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften oder einer Aktiengesellschaft mit einer Kommanditgesellschaft auf Aktien handelt. Indes bringt das Gesetz selbst bei Regelung der Kommanditgesellschaften auf Aktien eine Erweiterung des Fusionsbegriffes: Gemäss § 320 Abs. 3 HGB. finden soweit sich nicht aus den Bestimmungen des Gesetzes über die Kommanditgesellschaften auf Aktien ein anderes ergibt, auf diese die Normen des Aktiengesellschaftrechtes Anwendung. Es kann daher eine Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht nur eine Aktiengesellschaft durch Fusion in sich aufnehmen, sondern

[1]) Lehmann, Aktiengesellschaften Bd. II, S. 532 A. 2.

auch selbst in dieser Weise in einer Aktiengesellschaft aufgehen, wie die Bestimmungen der §§ 305, 306 auch für die Fusion zweier Kommanditgesellschaften gelten.[1]) Auf diese Combinationen aber beschränkt das Gesetz den Fusionsbegriff. Die Verschmelzung jeglicher anderen Gesellschaft mit einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ist, gleichviel ob hiebei die letztgenannten Gesellschaften die Rolle der aufnehmenden oder aufgehenden Gesellschaft spielen, keine Fusion im Sinne des HGB. Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien als Ganzes an eine offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung übertragen, so finden nicht die Vorschriften der §§ 305, 306, sondern die des § 303 Anwendung.[2]) Ist die Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien der aufnehmende Teil, so finden mangels besonderer Vorschriften des HGB. (und G. m. b. H.G.) die allgemeinen Vorschriften über Auflösung von Gesellschaften der in Frage stehenden Art Anwendung.

Ist so der Fusionsbegriff des deutschen Handelsrechts ein materiell beschränkter, indem er nur die Vereinigung einzelner Gesellschaftsarten betrifft, so erweist es sich auch formell d. h. in der Art, wie die Verschmelzung erfolgt, eingeengt. Nur die Aufsaugung einer Aktiengesellschaft durch eine andere Aktiengesellschaft ist Fusion im Sinne des HGB. Die Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften zu einer neuen dritten, auf die insbesondere die älteren Schriftsteller die Fusionsnormen anwenden, sei es direkt[3]) oder doch

---

[1]) Behrend S. 942. Staub § 330 A. 22 abw. Bauer S. 273.

[2]) Goldmann § 305 Anm. 1 Z. 1. Abw. Hergenhahn Arch. Bürg. R. IX S. 46, dagegen Esser bei Holdheim III S. 430.

[3]) Renaud, S. 805 v. Hahn 3. Aufl. Note 3 zu art. 215.

wenigstens analog[1]), fällt nicht unter den Fusionsbegriff der §§ 305, 306. Im Falle einer solchen Vereinigung muss eine Auflösung der zu verschmelzenden Gesellschaften mit folgender Gründung einer neuen Gesellschaft stattfinden, wobei dann die Vorschriften über Sacheinlagen besonders zu berücksichtigen sind.

Der Fall der Fusion betrifft nur den Vorgang, dass eine der beteiligten Gesellschaften in die andere aufgeht, und zwar handelt es sich stets nur um zwei Kontrahenten. Zwar hindert nichts, dass eine Aktiengesellschaft das Vermögen mehrerer Aktiengesellschaften als Ganzes gegen Gewährung ihrer eigenen Aktien in sich aufnimmt, aber es liegen dann ebensoviele Fusionen vor, als Aufnahmen erfolgten.[2])

Es bedarf kaum besonderer Erwähnung, dass die contrahierenden Gesellschaften Gesellschaften des deutschen Rechtes sein, dass sie ihren Sitz im Inland haben müssen. Denn nur für inländische Organisationen kann der deutsche Gesetzgeber Vorschriften erlassen. Für den Fall, dass die aufnehmende Gesellschaft im Ausland domiziliert, verneint denn auch Theorie wie Praxis[3]) das Vorliegen einer nach §§ 305, 306 zu behandelnden Fusion; allein es ist mit *Staub*[4]) anzunehmen, dass auch die aufgehende Gesellschaft dem Inland angehören müsse. Die Fusion ist, wie schon eingangs erwähnt, ein Spezialfall der Generalliquidation, wie sie das Gesetz in § 303 normiert. Die beiden Gesellschaften vereinigen sich in der Weise, dass die eine ihr Ver-

[1]) Wiener S. 370 A. 37. Hergenhahn, Komm.-Ges. auf Aktien art. 247 Anm. 1 Z. 1.

[2]) Goldmann § 305 Anm. 1 Z. 1, Lehmann-Ring § 305 N. 2, Pinner § 305, IIb.

[3]) K. G. J. XXI A. S. 294. Entsch. d. bayer. Ob.L.G. v. 20.X.1906 (Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern III, S. 21.

[4]) § 305 A. 1.

mögen als Ganzes auf die andere überträgt und als Gegenleistung Aktien der übernehmenden Gesellschaft gegeben werden. Es handelt sich also um eine Übertragung des Vermögens im Ganzen, oder nach dem Sprachgebrauch des ADHGB. um eine Übertragung des Vermögens und der Schulden. Die gesamten Aktiva und Passiva müssen auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Es erhebt sich die Frage, ob die Fusionsnormen analoge Anwendung erleiden, wenn bei der Übertragung des Vermögens einzelne Stücke ausgenommen bleiben. *Makower*[1]) will dies wenigstens für den Fall der Fusion mit Liquidation zulassen, während er im Falle des § 306 mit Rücksicht auf sonst unverteilt bleibende Vermögensstücke die analoge Anwendung verneint. Dieser Anschauung ist beizutreten, da im Falle des § 305 die etwa ausgenommenen Vermögensstücke in der Liquidationsgesellschaft ihr Rechtssubjekt behalten, während bei der liquidationslosen Fusion mit der Perfektion des Fusionsvertrages die aufgehende Gesellschaft ihre Existenz, mithin auch das Eigentum etc. der vorbehaltenen Vermögensstücke verliert, ohne dass bezüglich dieser Gegenstände die übernehmende Gesellschaft an ihre Stelle träte.

Es ist darauf zu achten, dass das Gesetz nicht von einer Übertragung des „ganzen Vermögens", sondern des Vermögens „als Ganzes" spricht. Das Gesetz betont damit die Zusammengehörigkeit der den Bestand des Gesellschaftsvermögens ausmachenden Berechtigungen und Verpflichtungen, fasst diese als eine universitas juris im Sinne des römischen Rechts auf, eine Anschauung, deren Konsequenzen uns noch später beschäftigen werden.

[1]) § 303 A. Ic. cf. Staub § 303 A. 2, Lehmann-Ring § 305 N. 3.

Eine Übertragung des Vermögens als Ganzes liegt nur dann vor, wenn sich die aufgehende Aktiengesellschaft tatsächlich ihrer gesamten Rechte und Verbindlichkeiten zu Gunsten der übernehmenden Gesellschaft begibt. Die Veräusserung muss eine reelle sein. Daher genügt es nicht, wenn zwei Gesellschaften lediglich ihre Betriebe behufs gemeinsamer Teilung des Gewinnes vereinigen.[1]) Es handelt sich in einem solchen Falle nur um eine wirtschaftliche Fusion, nicht um eine Fusion im Rechtssinn. An der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaften wird bei einer solchen Interessengemeinschaft nichts geändert.

Ebensowenig liegt ein Erwerb des Vermögens im Ganzen vor, wenn eine Aktiengesellschaft sämtliche Aktien einer anderen Gesellschaft erworben. Denn diese hat dadurch ihre Rechtspersönlichkeit keineswegs verloren. Auch hier handelt es sich nur um eine wirtschaftliche Fusion. Die Gesellschaft wird „nur wirtschaftlich angekauft, nicht rechtlich aufgelöst".[2])

Eine Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, wie wir sie bisher erörtert haben, genügte noch nicht, den Tatbestand der Fusion zu erfüllen. Liegen lediglich die Merkmale einer Aktiengesellschaft als übertragenden wie übernehmenden Gesellschaft, einer Verschmelzung durch Aufnahme der einen Gesellschaft in die andere, endlich einer Übertragung des gesamten Vermögenskomplexes des einen Unternehmens an das andere vor, so handelt es sich zunächst um eine Eventualität der Generalliquidation nach § 303. Damit eine Fusion im

---

[1]) cf. OLG. Hamburg in OLG. Rspr. X S. 240.

[2]) Rehm, Bilanzen S. 394 cf. RG. Bd. 62 S. 70

Sinne der §§ 305, 306 gegeben sei, muss zu den genannten Merkmalen ein weiteres hinzutreten, das spezifische Merkmal der Fusion: Die Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft muss in der Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft bestehen. Darin, dass das Entgelt für die Vermögensübertragung gerade in dieser konkreten Form gewährt wird, darin besteht das charakteristische Unterscheidungsmoment zwischen der Fusion und den übrigen Fällen einer Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräusserung des Vermögens im Ganzen. Dabei ist nicht so sehr darauf Gewicht zu legen, dass für die Leistung der aufgehenden Gesellschaft die geldwerte Gegenleistung in der Form der Aktie gereicht wird, als vielmehr darauf, dass die Hingabe von Aktienurkunden die Einräumung von Aktienrechten, von Aktionärrechten involviert. Das Wesensmoment der Fusion ist nicht, dass die Aktionäre der aufgehenden Gesellschaft für den Verlust der Mitgliedschaft dieser Gesellschaft eine entsprechende geldwerte Entschädigung erhalten, sondern dass sie an Stelle der Mitgliedschaft der aufgehenden Gesellschaft die Mitgliedschaft der aufnehmenden Gesellschaft erwerben. Die Gewährung von Mitgliedschaftsrechten an die Aktionäre der aufgehenden Gesellschaft stempelt die Vermögensveräusserung zu einer Vergesellschaftung.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die schon unter der Herrschaft des ADHGB. vielumstrittene Frage zu prüfen, ob eine Fusion auch dann vorliegt, wenn den Aktionären der aufgehenden Gesellschaft ein Wahlrecht zwischen Aktien und Geld (oder Obligationen) gewährt wird. Während nämlich die Kommentatoren darin einig gehen, dass eine Fusion niemals vorliegt, wenn die Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft

ausschliesslich in Geld oder Obligationen besteht[1]) – nach geltendem Recht, wie gezeigt der Fall des § 303 – will eine Reihe von Schriftstellern die Fusionsnormen mindestens analog anwenden, wenn der Vereinigungsvertrag eine Wahlmöglichkeit gestattet. Vielfach findet sich aber die Beschränkung, dass bei Vereinbarung eines derartigen Wahlrechts jedenfalls dann die Anwendung der Fusionsvorschriften unbedenklich sei, wenn tatsächlich alle Aktionäre sich für Abfindung in Aktien entschieden. Den Ausgangspunkt dieser Erörterungen bilden zwei oberstrichterliche Entscheidungen, eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts (Bd. XIV S. 361 insbes. S. 363) und eine Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. IX S. 11 ff. insbes. S. 19). Beide Gerichte bejahen bei Vorliegen des Wahlrechts die Anwendung der Fusionsnormen, wenn die Absicht der Beteiligten von vornherein nur auf die Wahl von Aktien gerichtet war – in dem der Reichsgerichtsentscheidung zu Grunde liegenden Falle hatten die Parteien die Anwendung des Art. 247 ausdrücklich vereinbart, in dem Falle des R.O.H. war ein Wahlrecht nur vorgesehen, um das Vorliegen einer Fusion zu verschleiern – und die tatsächliche Durchführung dieser Absicht entspricht.

Keineswegs aber sollte mit diesen Entscheidungen ein allgemeines Prinzip geschaffen werden.[2]) Es konnte, heisst es in der Entscheidung des Reichsgerichts[3]), der Wille der Kontrahenten nicht deshalb gänzlich unbeachtet bleiben, weil sie bei der Ausführung eine Möglichkeit statuiert haben, deren Eintritt der Wirkung des Verhältnisses als Fusion entgegenstehen möchte. Sie haben

[1]) A. M. für das alte Recht Renaud S. 806.
[2]) Goldmann § 305 A. 1 Z. 2.
[3]) L. c. S. 20.

gleichzeitig das Verhältnis auch für den Fall der anderen Möglichkeit begründen wollen, in welchem die Wirksamkeit desselben als Fusion sicher keinem Hindernisse begegnete. Es liegt also kein Grund vor, nachdem diejenige ins Auge gefasste Alternative eingetreten ist, welche die Wirksamkeit des Verhältnisses als Fusion zulässt, dem Verhältnisse diese gewollte Wirkung zu versagen.

Damit liegt zu Tage, dass das Reichsgericht selbst die Anwendbarkeit der Fusionsvorschriften für den Fall des Wahlrechts negieren wollte und nur mit Rücksicht auf die konkreten Verhältnisse der abzuurteilenden Fusion ex aequo et bono eine Ausnahme concedierte.

In der Tat ist die Gesetzesvorschrift striktest zu interpretieren und sind die Vergünstigungen, die das Gesetz für die Fusion gewährt, nur zuzulassen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen verbo tenus erfüllt sind. Denn eine Laxheit in dieser Beziehung hiesse gerade das Charakteristikum der Fusion verwischen. Mit Recht hebt *Makower* (§ 305 I f 1) hervor, dass wenn man der ausdehnenden Interpretation folgen wollte, keine feste Grenze gegenüber dem Fall, in welchem die Überlassung nur gegen Geld erfolgt, zu finden wäre.[1])

Ebensowenig wie in dem erörterten Fall des Wahlrechts kann Fusion angenommen werden, wenn die Gegenleistung an die Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft nicht nur in Aktien besteht, wenn daneben noch Geld oder Obligationen gewährt werden. Die-

[1]) Vergl. für die ganze Frage Renaud S. 806, Wiener S. 383, Behrend S. 938 A. 2, Petersen-Pechmann S. 592, Staub 5. Aufl. zu art. 247, ders. 6/7 Aufl. § 305 A. 2 § 306 A. 3 ders. 8. Aufl. § 305 A. 3, Goldmann § 305 A. 1 Z. 2, Lehmann-Ring § 305 N. 4, Makower § 305 I f 1, Pinner S. 310.

selben Erwägungen, insbesondere auch die von *Makower*[1]) angeführten Gründe sprechen gegen eine Ausdehnung des Fusionsbegriffes auch nach dieser Richtung.

Die Aktien, die den Aktionären der aufgehenden Gesellschaft gewährt werden, können entweder bereits vorhanden sein, oder mit Rücksicht auf die Fusion erst emittiert werden. Das Gesetz geht stillschweigend von dem letzteren Fall aus, indem es in § 305 Abs. 1 eine Erhöhung des Grundkapitals der aufnehmenden Gesellschaft voraussetzt und diese in besonderer Weise privilegiert. Indes finden die Vorschriften der §§ 305, 306 auch dann Anwendung, wenn die aufnehmende Gesellschaft bereits in ihrem Besitz befindliche Aktien gewährt. „Zwar soll laut HGB. § 226 die Aktiengesellschaft eigene Aktien nicht erwerben, aber doch nur im regelmässigen Geschäftsbetrieb soll sie es nicht tun. Ankauf des Vermögens einer anderen Gesellschaft ist aber kein Geschäft des regelmässigen Geschäftsbetriebes, vielmehr ein sehr aussergewöhnlicher Geschäftsvorgang".[2]) Auch der Fall ist in der Praxis vorgekommen, dass die zum Austausch benötigten Aktien von einem Konsortium hergegeben wurden, das solche von einer vor Jahresfrist vor der Fusion erfolgten Kapitalserhöhung noch besass.[3]) Es ist also dem Fusionsbegriff nicht wesenseigentümlich, dass die an die Aktionäre der aufgehenden Gesellschaft gewährten Aktien erst neu ausgegeben werden.

Noch eine Frage ist in diesem Zusammenhang zu erörtern. Müssen die Aktien an die aufgehende Gesellschaft ausbedungen werden, oder ist auch

---

[1]) S. o.

[2]) Rehm S. 395 cf., Lehmann Aktiengesellschaften S. 524 A. 4.

[3]) Fusion des Pfälzer Bankvereins mit der Rheinischen Creditbank 1874 cf., Wallich die Konzentration im deutschen Bankwesen S. 46, 47.

eine Vereinbarung der Leistung an ihre Aktionäre selbst statthaft? Beide Modalitäten erscheinen zulässig. Im Falle des § 306 ist im Zweifel Ausbedingung an die Aktionäre anzunehmen, da die übertragende Gesellschaft hier untergeht.[1]) Wird der Weg der Leistung an die Aktionäre gewählt, so liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor und sowohl die Gesellschaft als jeder einzelne Aktionär kann gemäss §§ 328, 335 BGB. die Überlassung eines verhältnismässigen Aktienbetrages klageweise fordern.[2])

§ 3.
Der Hergang der Fusion.

War es bisher unsere Aufgabe, darzulegen, welche Voraussetzungen das Gesetz für die Anwendung der Fusionsnormen aufstellt, so gilt es jetzt den Hergang der Fusion zu betrachten, zu zeigen, wie die Fusion zustande kommt und in welcher Weise sodann die Durchführung erfolgt.

Dabei soll zunächst der Fall der Fusion mit Liquidation, auf den sich ja auch das Gesetz bei Regelung der liquidationslosen Fusion bezieht, zur Darstellung gelangen, und der letztere Fall dann insoweit erörtert werden, als er Abweichungen zeigt.

Schon einleitungsweise ist darauf hingewiesen worden, dass das HGB. die Fusion als Spezialfall der „Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräusserung des Vermögens im Ganzen“ normiert. Es finden daher, soweit sich nicht aus den besonderen Fusionsvorschriften ein anderes ergibt, auf die Fusion die Bestimmungen des § 303 Anwendung. Subsidiär

[1]) Lehmann-Ring § 305 N. 4, Makower § 305 I f 2.
[2]) OLG. Karlsruhe Bad. Rpr. 1904 S. 197 mit Verw. auf RG. XLI S. 86.

sind die allgemeinen Regeln über die Auflösung von Aktiengesellschaften heranzuziehen.

Eine Fusion spielt sich etwa in der Weise ab, dass zunächst die Vorstände der zu vereinigenden Gesellschaften Vorverhandlungen pflegen, die ihren Abschluss in der Regel in einem formlosen (und daher unverbindlichen § 311 BGB.) Vorvertrag finden. Diese Verhandlungen bilden indess kein essentiale des Fusionsherganges. Sie gehören nicht zu den gesetzlichen Voraussetzungen der Fusion, sondern dienen nur dazu, dieser das Feld zu bereiten. Die gesetzliche Grundlage der Fusion bilden zwei Gesellschaftsbeschlüsse und der auf Grund derselben abgeschlossene Fusionsvertrag. Die aufgehende Gesellschaft beschliesst, ihr Vermögen als Ganzes an die andere Gesellschaft zu übertragen.[1]) Dieser Beschluss fällt in die Kompetenz der Generalversammlung, und zwar begnügt sich das Gesetz „mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Massregel und ihre eingreifende Bedeutung für die Interessen der Aktionäre“[2]) nicht mit der einfachen Majorität, sondern fordert eine Mehrheit von drei Vierteilen des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Das Gesellschaftsstatut kann abweichende Bestimmungen nur im Sinne einer Verschärfung treffen, eine Milderung ist ausgeschlossen. Die Satzungen pflegen dementsprechend die Vertretung einer gewissen Mehrheit des Grundkapitals in der Generalversammlung zu verlangen. Ist diese nicht vorhanden, so wird zumeist nach Ablauf kurzer Zeit eine neue Generalversammlung einberufen, die dann ohne Rücksicht auf die Höhe des vertretenen Aktienkapitals mit Dreiviertelmajorität der vertretenen

[1]) Vergl. für die Notwendigkeit der Bezeichnung des Vertragsgegners in diesem Beschluss KG. v. 26.IV.1906 in RJA. VII, 190.

[2]) Denkschrift S. 165.

Stimmen beschliesst. Ob die Generalversammlung eine ordentliche oder eine ausserordentliche ist, ist nach dem Gesetz unwesentlich; die Satzungen zahlreicher Gesellschaften fordern dagegen für die Beschlussfassung über eine Fusion die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung. Indes hat auch ohne eine solche Bestimmung, wenn nicht eine ordentliche Generalversammlung bevorsteht, der Vorstand gemäss § 253 Abs. 2 die Generalversammlung zu berufen. Auch die sonstigen Berufungsmöglichkeiten (§§ 246 Abs. 2, 253 Abs. 1 Z. 2, 254) sind hier wie sonst gegeben.

Hat nun die Generalversammlung die Vermögensveräusserung beschlossen, so ist damit die Gesellschaft, soferne sie sich nicht schon vorher in Liquidation befand, – denn auch eine Liquidationsgesellschaft kann sich im Wege der Fusion mit einer anderen Aktiengesellschaft verschmelzen [1]) – aufgelöst. Ein besonderer Auflösungsbeschluss ist nicht erforderlich; vielmehr hat alsbald nach der Genehmigung der Vermögensübertragung durch die Generalversammlung der Vorstand die Auflösung zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden (§ 293).[2])

Der Veräusserungsbeschluss selbst ist nicht einzutragen, selbst dann nicht, wenn die durch ihn bewirkte Auflösung eine Satzungsänderung, insbesondere im Sinne einer Verkürzung der statutenmässigen Dauer der Gesellschaft, in sich schliesst. Denn wie *Goldmann*[3]) mit Recht gegen *Ring*[4]) und *Staub*[4]) ins Feld führt, setzt die Anwendung des § 277 Abs. 3, wonach Satzungsänderungen erst mit der Eintragung ins Handelsregister

[1]) Staub § 305 A. 2.

[2]) Denkschrift S. 165.

[3]) Goldmann § 292 A. 2 Z. 7, § 293 Z. 3, 4, § 305 A 1 Z. 3.

[4]) Lehmann-Ring § 305 N. 5, § 303 N. 4, Staub § 305 A. 15, § 293 A. 4 cf auch Pinner § 293 A. 3, § 303 A. 2 Z. 3, § 305 A. 2 Z. 2 d. a.

Wirksamkeit erlangen, das Fortbestehen der Gesellschaft voraus, während hier ja der Beschluss die Auflösung der Gesellschaft bewirkt. *Staub*'s Auffassung[1]) gründet sich „auf die Verwechslung eines sofort wirksam werdenden Auflösungsbeschlusses mit einem die satzungsgemässe Dauer des Vertrages abkürzenden, also erst in Zukunft wirksam werdenden Abänderungsbeschlusse".[2])

Übrigens ist selbst die Eintragung der Auflösung keine Voraussetzung ihrer Wirksamkeit, ohne dass auch hier – mit *Staub*[3]) – für den Fall der Satzungsänderung eine Ausnahme zu machen wäre.[3]) Erfolgt die Eintragung, so ist die Angabe des Grundes der Auflösung jedenfalls zulässig.

Auf Seite der übernehmenden Gesellschaft bedarf es keiner Beschlussfassung der Generalversammlung, wenn schon vorhandene Aktien gewährt werden; in diesem Falle ist der Vorstand kraft seiner Vertretungsbefugnis berechtigt, mit dem gesetzlichen Vertreter der übertragenden Gesellschaft den von dieser genehmigten Fusionsvertrag abzuschliessen.[4]) Anders, wenn es einer Kapitalserhöhung auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft bedarf; dann tritt auch ihrerseits die Generalversammlung in Aktion.

Da die Aktionäre der aufgehenden Gesellschaft neue Aktien der übernehmenden zugesichert erhalten, eine solche Zusicherung aber nach § 283 Abs. 3 nicht vor dem erst mit der Eintragung wirksamen (§ 277 Abs. 3) Kapitalserhöhungsbeschlusse rechtsgiltig erfolgen kann,

[1]) Ebenso diejenige Ring's.

[2]) Goldmann § 305 a. a. O.

[3]) Staub § 293 a. a. O.; dagegen Goldmann zu diesem §.

[4]) Wenigstens nach aussen; im internen Verhältnis wird es bei der Wichtigkeit der Transaktion stets zu einer Beschlussfassung der Generalversammlung kommen und dem Vorstand nicht die Macht zu selbständigem Vertragsschluss belassen werden.

bedarf es einer diesbezüglichen Beschlussfassung durch die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft und der Eintragung des Beschlusses ins Handelsregister des Gesellschaftssitzes.

Auch dieser Beschluss erfordert (§ 275 Abs. 1, § 274 Abs. 1) Dreiviertelmajorität des in der Generalversammlung vertretenen Kapitals. Sind mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden, so bedarf es daneben noch eines in gesonderter Abstimmung – für die ebenfalls das Erfordernis der Dreiviertelmajorität gilt – gefassten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung. Diese Beschlussfassung setzt zu ihrer Giltigkeit weiter voraus, dass sie gemäss § 256 Abs. 2 unter den Zwecken der Generalversammlung ausdrücklich angekündigt worden ist (§ 278 Abs. 2). Für den Fall einer Überpari-Emission ist der Mindestbetrag, unter dem die Ausgabe nicht erfolgen soll „oder die Bestimmung, die an Stelle des Ausgabekurses tritt, nämlich das Umtauschverhältnis d. h. die Angabe, wie viel Aktien der übernehmenden Gesellschaft jeder Aktionär der übertragenden erhält“ [1]) in dem Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals festzusetzen (§ 278 Abs. 3).[2]) Der Beschluss muss ferner, da sich die Leistung der übertragenden Gesellschaft als eine Einlage qualifiziert, die nicht durch Barzahlung zu leisten ist, den Vorschriften des § 279 über Sacheinlagen genügen.

Weicht der Beschluss in diesen Beziehungen nicht von einem sonstigen Kapitalserhöhungsbeschlusse ab, so ergeben sich nach anderer Richtung wichtige Besonderheiten, und zwar im Sinne einer Privilegierung dieses Kapitalserhöhungsbeschlusses. Von dem sonst nur für Versicherungsgesellschaften abwälzbaren Er-

[1]) Staub § 305 A. 13.

[2]) Cf. OLG. Dresden, Beschluss vom 21.7.1897 in D. JZ. 1898 S. 390.

fordernis der Volleinzahlung des bisherigen Kapitals ist hier generell Abstand genommen. Eine Zeichnung der neuen Aktien findet nicht statt; weder haben die bisherigen Aktionäre ein gesetzliches Bezugsrecht auf einen ihrem Anteil an dem bisherigen Kapital entsprechenden Teil der neuen Aktien, noch kann eine Zusicherung eines Bezugsrechts im Wege des Vertrages nach § 283 erfolgen. Denn die Kapitalserhöhung findet ja lediglich zwecks Abfindung der Aktionäre der aufgehenden Gesellschaft statt. Der Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals ist in Gemässheit des § 280 von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates der übernehmenden Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister des Sitzes dieser Gesellschaft anzumelden. Die Vorschrift des § 280 Abs. 2 – Versicherung der Einbezahlung des bisherigen Grundkapitals – bleibt, nachdem das Erfordernis des § 278 Abs. 1 hier nicht gilt, ausser Anwendung.

Die Anmeldung zum Handelsregister der Hauptniederlassung kann nach § 319 Abs. 2 nicht durch Ordnungsstrafen erzwungen werden: zur Begründung führt die Denkschrift[1]) an, dass hier der Rechtserfolg unbedingt von der Eintragung abhängig sei. Soweit es sich um Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung handelt, finden, da hier diese ratio wegfällt, dagegen die Vorschriften des § 14 Anwendung. Das Erfordernis dieser Eintragung ergibt sich aus § 286 mit § 13. Die Verpflichtung zur Anmeldung obliegt dem Vorstand in der zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Zahl. Eine Mitwirkung aller Vorstandsmitglieder oder gar der Mitglieder des Aufsichtsrates ist nicht geboten.

[1]) S. 174.

Die Anmeldung und Eintragung des Erhöhungsbeschlusses kann mit der Anmeldung und Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals verbunden werden. Diese geschieht in gleicher Weise, wie die Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses; von einer Einreichung der Duplikate der Zeichnungsscheine, eines Verzeichnisses der Zeichner und der von diesen geleisteten Einlage – wie sie bei sonstigen Anmeldungen der erfolgten Kapitalserhöhung Vorschrift – ist dabei nicht die Rede. Ebenso unterbleibt die Versicherung, dass auf jede Aktie der eingeforderte Betrag einbezahlt sei. Die übrigen Bestimmungen des § 284 bleiben in Kraft: insbesondere ist die Eintragung durch den Reichsanzeiger und mindestens ein für die Veröffentlichungen des Gerichts bestimmtes Blatt – also nicht notwendig durch die Gesellschaftsblätter – zu publizieren (§§ 284 Abs. 5, 10). Für die Erzwingbarkeit der Anmeldung durch Ordnungsstrafen gilt das oben für die Anmeldung des Kapitalserhöhungsbeschlusses Gesagte (§ 319 Abs. 2).

Die erfolgte Kapitalserhöhung kann, wenn die Fusion sich in der von uns gewählten Reihenfolge abspielt, nicht zur Eintragung gelangen, ehe nicht die Vertreter der beiden Gesellschaften auf Grund der Generalversammlungsbeschlüsse den Fusionsvertrag geschlossen des Inhalts, dass die eine Gesellschaft ihr Vermögen als Ganzes auf die andere überträgt und dafür Aktien dieser Gesellschaft – für so und so viel Aktien der übertragenden so und so viel Aktien der übernehmenden Gesellschaft – erhält. Denn § 305 Abs. 2 bestimmt, es sei der Anmeldung der erfolgten Erhöhung der von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigte Vertrag über die Vermögensübertragung in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizufügen. Dass das Gesetz hier von Ge-

nehmigung spricht, steht unserer Annahme, dass der Vertragsabschluss den Beschlüssen der Generalversammlungen nachfolgen könne, nicht entgegen. Denn die abweichende Terminologie des BGB., die in der Genehmigung nur die nachträgliche Zustimmung sieht (BGB. § 184), betrifft nur die Fälle, wo es sich um die Zustimmung Dritter handelt. Die Zustimmung der Generalversammlung ist aber nicht Mitwirkung eines Dritten, sondern die Mitwirkung eines Organes der Gesellschaft selbst. „Diese ist es, welche in der Beschlussfassung handelt, die Generalversammlung ist der Träger des Willens der Gesellschaft selbst und nicht gegenüber der Gesellschaft ein Dritter". (*Plotke.*)[1])

(Der von uns gewählte Weg empfiehlt sich aber deshalb, weil bei Abschluss des Vertrages vor den Generalversammlungsbeschlüssen die Möglichkeit einer abweichenden Beschlussfassung besteht und dann nochmaliger Vertragsabschluss erforderlich wäre.)

Der Vertrag wird beiderseits von den gesetzlichen Vertretern, den Vorständen – seitens der übertragenden Liquidationsgesellschaft den Liquidatoren – geschlossen. Er bedarf als ein Vertrag, durch welchen sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen, nach § 311 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals ist für den Fall des § 305 die Fusion perfekt; die Übertragung des Vermögens, wie die Aushändigung der Aktien, ist zur Perfektion nicht erforderlich.

Da die Generalversammlungsbeschlüsse nach § 259 Abs. 1 HGB., der Fusionsvertrag nach § 311 BGB. der

[1]) Plotke bei Holdheim X S. 249 f.; Rehm Bilanzen S. 395.

gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen, erscheint es angezeigt, einen kürzeren und namentlich minder kostspieligen modus procedendi zu suchen. Einen Ausweg bietet der von *Plotke* (l. c.) gemachte Vorschlag, den Vertrag in Anwendung der Bestimmungen der §§ 128, 152 BGB. in Angebot und Annahme zu zerlegen und Angebot der einen Gesellschaft gleichzeitig mit ihrem Zustimmungsbeschluss und Annahme der anderen Gesellschaft gleichzeitig mit deren Zustimmungsbeschluss gerichtlich oder notariell zu beurkunden.

Das Gesetz hat bezüglich der Reihenfolge der einzelnen Etappen der Fusion eine bindende Vorschrift nicht getroffen; insbesondere ist eine solche, wie wir sahen, auch nicht aus dem Ausdruck „genehmigt" in § 305 Abs. 2 zu entnehmen. Von den zahlreichen Konstruktionen der handelsrechtlichen Literatur sei lediglich auf die Ausführungen *Rehms* (Bilanzen S. 395 ff) hingewiesen, der die verschiedenen Modalitäten untersucht und namentlich auch den Zeitpunkt der Perfektion der Fusion in den einzelnen Fällen feststellt. Vielfach wird, um wenigstens einige Details zu bringen, empfohlen[1]), den Veräusserungsbeschluss entweder betagt zu fassen oder zuerst die übernehmende Gesellschaft den Erhöhungs- und Übernahmsbeschluss fassen zu lassen, da sich sonst die übertragende Gesellschaft der Gefahr aussetze, sich umsonst aufzulösen und dann eine Fortsetzung nur auf dem Wege des § 307 HGB. möglich sei.

Stellen wir den Fusionshergang in der von uns gewählten Reihenfolge nochmals zusammen, so ergibt sich folgendes Schema:

1. Fusionsvorvertrag, geschlossen durch die gesetzlichen Vertreter der beiden Gesellschaften.

[1]) Staub § 305 A. 9, 21, Lehmann-Ring § 305 N. 5, 10.

2. Veräusserungsbeschluss der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft.
3. Übernahme- und Kapitalserhöhungsbeschluss der Generalversammlung der aufnehmenden Gesellschaft.
4. Abschluss des Fusionsvertrages durch die gesetzlichen Vertreter der beiden Gesellschaften.
5. Anmeldung des Kapitalserhöhungsbeschlusses und der erfolgten Kapitalserhöhung zum Handelsregister des Sitzes der übernehmenden Gesellschaft (eventuell auch zu dem Sitze ihrer Zweigniederlassungen) unter Vorlage des Vertrages und einer Ausfertigung des Zustimmungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft.
6. Veröffentlichung der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung im Reichsanzeiger und wenigstens einem für die Publikationen des Registergerichts der Übernehmerin bestimmten Blatte.

Inwiefern weicht nun der Fusionsprozess im Falle des § 306 von dem Hergang der Fusion mit Liquidation ab?

Treffen die Parteien bei der Fusionierung zugleich die Vereinbarung, dass die Liquidation des Vermögens der übertragenden Gesellschaft unterbleiben soll, so finden gemäss § 306 Abs. 1 die gesetzlichen Vorschriften über die liquidationslose Verstaatlichung entsprechende Anwendung. Daneben gelten die Regeln des § 305, soweit ihnen nicht die entsprechende Anwendung des § 304 entgegensteht. „Denn der § 306 ist nur ein Unterfall des § 305 und bestimmt – ausser soweit die Bezugnahme auf § 304 eingreift – nichts von § 305 abweichendes.[1])

Darnach ergeben sich eine Reihe von Verschiedenheiten von dem Hergang der Fusion mit Liquidation.

[1]) Makower § 306 A. 3b.

Der Fusionsvertrag muss hier die Klausel enthalten, dass eine Liquidation nicht stattfinden soll. Indes kann diese Vereinbarung auch den Gegenstand eines besonderen, gleichfalls von den gesetzlichen Vertretern abzuschliessenden Vertrages bilden, der nicht wie der Fusionsvertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, sondern formfrei ist. Freilich ist auch für diesen Vertrag mit Rücksicht auf die im weiteren Verlauf der Fusion erforderliche Einreichung zum Handelsregister schriftliche Niederlegung geboten. Wie die Vermögensveräusserung nicht ohne die Genehmigung der Vertretung der Aktionäre wirksam erfolgen kann, so fordert das Gesetz auch für die Vereinbarung des Liquidationsausschlusses die Zustimmung der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft. Auch dieser Beschluss bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Vierteile des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst, unbeschadet der Verschärfungen, die sich aus dem Statut ergeben. § 304 macht die Wirksamkeit dieses Beschlusses von der Eintragung ins Handelsregister abhängig, bestimmt entsprechend, dass der Vorstand den Beschluss zugleich mit der auf Grund des Veräusserungsbeschlusses erfolgten Auflösung der Gesellschaft und unter Beifügung einer Ausfertigung des Übernahmevertrages zum Handelsregister anzumelden habe und erklärt mit der Eintragung des Beschlusses den Vermögensübergang für erfolgt.

Es fragt sich, ob diese Bestimmungen des § 304 in gleicher Weise auch für die liquidationslose Fusion gelten. Die Frage ist zu verneinen.

§ 306 Abs. 1 schreibt entsprechende Anwendung des § 304 vor, das will sagen, die gesetzlichen Vorschriften über die liquidationslose Verstaatlichung gelten auch im Falle des § 306, aber nicht dem Worte nach,

sondern mit den Modifikationen, die sich aus der besonderen Rechtsnatur der Fusion gegenüber der Verstaatlichung ergeben.

Diese sinngemässe Anwendung des § 304 scheint die Annahme zu begründen, dass es nicht genüge, wenn der Vorstand bei der Anmeldung des Ausschliessungsbeschlusses lediglich den Übernahmevertrag in Urschrift oder beglaubigter Abschrift einreicht. Denn die Vorschrift des § 304 Abs. 3 beruht offenbar auf der Erwägung, dass der Registerrichter den Beschluss – dessen Eintragung nach Abs. 5 den Vermögensübergang bewirkt – nicht eintragen soll, ehe er sich davon überzeugt hat, dass die Gegenseite an den Vertrag gebunden ist. Nun wird aber im Falle der Fusion durch die Vorlage des Übernahmevertrages der Nachweis der Bindung keineswegs erbracht. Denn während das Reich oder ein Bundesstaat, sobald der Vertrag in gerichtlicher oder notarieller Beurkundung vorliegt, sich seiner Erfüllung nur aus besonderen Gründen (Anfechtung wegen Irrtum etc.) entziehen kann, ist die übernehmende Gesellschaft durch den blossen Abschluss des Fusionsvertrages in keiner Weise gebunden; erst der Kapitalserhöhungsbeschluss resp. seine Eintragung bewirkt hier die Verpflichtung.

Dementsprechend fordern *Makower* und *Lehmann-Ring*[1]), dass der Vorstand bei der Anmeldung des Ausschliessungsbeschlusses nicht nur den Übernahmevertrag zu Gerichtshanden übergebe, sondern auch urkundlichen Nachweis dafür erbringe, dass die Gegenpartei die Kapitalserhöhung beschlossen und dass der Beschluss die Eintragung erlangt habe.

Diese ausdehnende Interpretation des § 304 Abs. 3

[1]) Makower § 306 A. 3a Z. 3, Lehmann-Ring § 306 N. 3.

für den Fall des § 306 ist jedoch nicht gerechtfertigt. Denn ihre Voraussetzungen sind unrichtig. Im Falle der Verstaatlichung fordert das Gesetz die Vorlage des Vertrages, weil mit der Eintragung des Ausschliessungsbeschlusses der Vermögensübergang als erfolgt gilt. Diese Erwägung trifft aber für den Fall der Fusion nicht zu. Denn bei dieser ist es nicht die Eintragung des Ausschliessungsbeschlusses, sondern die Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung, die den Vermögensübergang bewirkt. Dies ergibt sich daraus, dass die Verschmelzung offenbar einen einheitlichen Vorgang darstellt, dergestalt, dass in dem nämlichen Zeitpunkt das Vermögen der übertragenden Gesellschaft Vermögen der übernehmenden wird, die Aktionäre der ersteren Gesellschaft Aktionäre der letzteren werden.[1]) Da sich sonach eine Verschiebung des in § 304 Abs. 5 bestimmten Zeitpunktes auf die den Schlussstein des gesamten Verfahrens bildende Eintragung der erfolgten Grundkapitalserhöhung bei der aufnehmenden Gesellschaft ergibt[2]), der Eintragung des Ausschliessungsbeschlusses allein entscheidende Bedeutung also nicht zukommt, ist es nicht erforderlich, dass sich der Registerrichter, ehe er den Beschluss einträgt, davon überzeugt, dass die Gegenpartei gebunden ist; eine Nachweisung, der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses ist nicht veranlasst. Ja es dürfte unschädlich sein, wenn – wie im Falle der Fusion mit Liquidation – auch von einer Einreichung des Übernahmevertrages Abstand genommen wird, da ja dessen Übergabe doch nur problematischer Wert beizumessen ist.[3])

[1]) KG. v. 29.3.1906 in Bauer Zeitschr. XIV S. 133 f.

[2]) KG. vom 29.3.1906 in Bauer Zeitschr. XIV, 133 f. Vgl. Staub § 306 A. 12a, Goldmann § 306 A. 1 Z. 6, Rehm S. 398 V. B.

[3]) Die Anschauung Makowers erklärt sich daraus, dass er mit der

Ist so der Meinung, dass die Eintragung des Ausschliessungsbeschlusses des Nachweises der Bindung der Gegenseite bedürfe, abzulehnen, so kann noch weniger der weitergehenden Anschauung *Pinner*'s [1]) beigepflichtet werden, der nicht nur für die Eintragung des Ausschliessungsbeschlusses Nachweis der Bindung der übernehmenden Gesellschaft fordert, sondern auch die Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses durch den Nachweis der Bindung der übertragenden Partei bedingt erachtet. Diese Einschränkung ist nicht begründet; die Kapitalserhöhung kann die übernehmende Gesellschaft ohne weiteres beschliessen. *Pinner*'s Ansicht beruht auf der irrigen Annahme, dass eine Dispensation von dem Erfordernis des § 278 Abs. 1 in Gemässheit des § 305 nur erfolgen könne, wenn dem Registerrichter durch Vorlage des Handelsregisterauszuges nachgewiesen wird, dass die Gewährung der Aktien durch Überlassung des Vermögens der übertragenden Gesellschaft stattfindet. Allein es ist nicht einzusehen, warum für diesen Nachweis nicht die Einreichung einer Ausfertigung des Fusionsvertrages genügen soll. Denn selbst gesetzt den Fall, die übernehmende oder vielmehr übernehmen wollende Gesellschaft fasste in der in § 305 bezeichneten Weise den Erhöhungsbeschluss und die übertragende Gesellschaft beschlösse nicht die Veräusserung, so schützte doch die Vorschrift des § 287,

---

Eintragung des Ausschliessungsbeschlusses den Vermögensübergang für erfolgt erachtet. Die Meinung Ring's, die in dieser Beziehung die im Text vertretene Auffassung teilt, ist nicht verständlich. Gewährt die übernehmende Gesellschaft bereits vorhandene Aktien, so finden die Bestimmungen des § 304 dem Worte nach Anwendung.

[1]) Pinner S. 313 f. In seiner Bearbeitung der 8. Aufl. des Staub-Kommentars lässt Pinner selbst diese Meinung fallen. Zu demselben Resultat wie Pinner in seinem Aktienrecht gelangt die Denkschrift (S. 167), die nur den Fall der Zuständigkeit desselben Registergerichts erörtert.

wonach eine Ausgabe der neuen Aktien nicht vor der durch Vorlage des Vertrages samt Zustimmungsbeschluss der übertragenden Gesellschaft bedingten Eintragung der erfolgten Erhöhung möglich, vor unlauteren Manövern der übernehmenden Gesellschaft. Anderseits könnte auch der Registerrichter, wenn längere Zeit nach der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses keine Anmeldung der erfolgten Erhöhung stattfindet, nach § 142 FGG. verfahren. Dieser Irrtum *Pinner*'s verbunden mit der fälschlichen Annahme, dass die Eintragung des Ausschliessungsbeschlusses die Perfektion der Fusion herbeiführe und der Eintragung der erfolgten Grundkapitalserhöhung nur formelle Bedeutung beizumessen sei führt zu dem Ergebnis, dass, wenn für beide Gesellschaften dasselbe Registergericht zuständig ist, die beiden Eintragungen, Kapitalserhöhungsbeschluss und Ausschliessungsbeschluss, gleichzeitig erfolgen müssen. Im Falle, dass verschiedene Gerichte tätig werden, müsste zunächst das Gericht der übertragenden Gesellschaft die Auflösung eintragen und den Beteiligten aufgeben, den Nachweis der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung binnen angemessener Frist beizubringen. Geht dieser Nachweis nicht ein, so wäre der Richter gemäss § 142 FGG. berechtigt, die erfolgte Eintragung zu löschen. Die aufgelöste Gesellschaft könnte sich dann nach § 307 fortsetzen.

Wenn nun auch der Ausschliessungsbeschluss zu seiner Eintragung nicht des Nachweises der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses bedarf, so wird es doch zweckmässig sein, wenn der Beschluss der übernehmenden Gesellschaft zuerst gefasst wird. Denn wie bei der Fusion mit Liquidation besteht die Gefahr, dass, wenn die übergebende Gesellschaft die liquidationslose Veräusserung beschliesst, die übernehmende Gesellschaft

ihrerseits die notwendigen Beschlussfassungen unterlässt. Da dann die übertragende Gesellschaft sich nur nach § 307 fortsetzen könnte und ohne einen dieser Vorschrift entsprechenden Generalversammlungsbeschluss in Liquidation treten würde, ist die erwähnte Reihenfolge vorzuziehen. Indes kann auch hier eine andere Reihenfolge gewählt und dann der Gefahr unnötiger Auflösung durch einen betagten Übertragungsbeschluss vorgebeugt werden. Auch könnte der Übertragungsbeschluss durch die Eintragung des dann gesondert zu fassenden Ausschliessungsbeschlusses bedingt ergehen.

Der Gang der Fusion nimmt, um auch hier eine Skizze anzuschliessen, etwa folgenden Verlauf:

1. Fusionsvertrag des Inhalts, dass die Gesellschaft A ihr Vermögen als Ganzes unter Ausschluss der Liquidation auf die Gesellschaft B überträgt und diese dafür den Aktionären der Gesellschaft A Aktien der Gesellschaft B in dem und dem Verhältnis gewährt.
2. Kapitalserhöhungsbeschluss der übernehmenden Gesellschaft und Eintragung des Beschlusses ins Handelsregister.
3. Beschluss der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft, das Vermögen unter Ausschluss der Liquidation auf die andere Gesellschaft zu übertragen.
4. Eintragung des Ausschliessungsbeschlusses und der Auflösung ins Handelsregister. (Bei der Anmeldung ist der Übernahmevertrag einzureichen.)
5. Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung ins Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft. Bei der Anmeldung ist der Übernahmevertrag sowie der Zustimmungsbeschluss einzureichen. Ausser-

dem bedarf es des urkundlichen Nachweises der Eintragung des Ausschliessungsbeschlusses, da dieser ohne die Eintragung nicht wirksam ist.

6. Publikation.

Die gebotene Darlegung der Fusion nach § 306 geht von der Voraussetzung aus, dass der Ausschluss der Liquidation gleichzeitig mit der Übertragung, d. h. in derselben Generalversammlung, oder gesondert, aber doch, ehe die Voraussetzungen für das Eintreten des § 305 erfüllt sind, beschlossen wird.

Dass die Normen des § 306 auch gelten, wenn eine Fusion nach § 305 vorlag und erst später der Ausschluss der Liquidation beschlossen wird, ist nicht zweifelhaft. Es handelt sich dann um eine Vereinbarung, dass die weitere Liquidation unterbleiben soll. Mit der Eintragung des Beschlusses endet die Liquidation und gilt der Vermögensübergang an die übernehmende Gesellschaft als erfolgt.

Diese Ausdehnung des Falles des § 306 mag als entsprechende Anwendung gedeutet werden oder mit *Rehm* als direkte Geltung, indem der Begriff des „zugleich" in § 304 Abs. 1 nicht im Sinne von „gleichzeitig", sondern im Sinne von „aus Veranlassung" ausgelegt wird.

Mit der Eintragung der Erhöhung des Grundkapitals ist sowohl im Falle des § 305 als im Falle des § 306 die Fusion perfekt. Die beiden Gesellschaften sind miteinander in der Weise vereinigt, dass die Aktionäre der aufgehenden Gesellschaft die Mitgliedschaft der übernehmenden Gesellschaft erworben haben. Damit nun die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft auch formell als Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft erscheinen, bedarf es der Aushändigung der neu emittierten Aktien an dieselben. Diese erfolgt im Wege des Umtauschs gegen die Aktien

der aufgegangenen Gesellschaft. Dieser Umtausch würde sich in der Praxis meist sehr schwierig gestalten. Denn in den seltensten Fällen wird gerade für eine Aktie der aufgegangenen Gesellschaft eine Aktie der Übernehmerin gewährt. Daher lässt das Gesetz hier ein Zwangsumtauschverfahren eintreten, ohne dass es einer besonderen dahin gehenden Abrede bedürfte.

In Gemässheit des § 290 mit 219 Abs. 2 ergeht dreimalige Aufforderung an die Aktionäre zur Einreichung der Aktien unter Androhung der Kraftloserklärung der nicht eingereichten Stücke. Die Aufforderung erfolgt in den Gesellschaftsblättern (§ 182 Abs. 3); die erste Bekanntmachung muss mindestens drei Monate, die letzte mindestens einen Monat vor dem Ablauf der für die Einreichung gesetzten letzten Frist erfolgen. Dürfen die Anteilsrechte nicht ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden, so gilt § 219 Abs. 2 Z. 2. Ist die Frist abgelaufen, so werden die nicht eingelieferten Aktien für kraftlos erklärt. Das Gleiche gilt in Ansehung eingereichter Aktien, welche die zum Ersatz durch neue Aktien erforderliche Zahl erreichen und der Gesellschaft nicht zur Verwertung für Rechnung der Beteiligten zur Verfügung gestellt sind. Die an Stelle der für kraftlos erklärten Aktien auszugebenden neuen Aktien sind für Rechnung der Beteiligten durch die Gesellschaft zum Börsenpreis und in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung zu verkaufen. Der Erlös ist den Beteiligten auszuzahlen, gegebenenfalls für sie zu hinterlegen.

Indem das Gesetz dieses Zwangsaustauschverfahren vorschreibt, bestimmt es nicht, wer dasselbe in die Wege zu leiten hat. Diese Befugnis kann sowohl der übertragenden als der übernehmenden Gesellschaft ein-

geräumt werden; die Ansicht der Denkschrift (S. 168), die lediglich die Übernehmerin für befugt erklärt, hat im Gesetz keine Stütze. Freilich wird im Falle des § 306 die übernehmende Gesellschaft das Verfahren einleiten müssen, da die übertragende erloschen ist. Im Übrigen ist mangels bestimmter Regelung der Kompetenz für die Frage der Zuständigkeit zu berücksichtigen, ob die Aktien an die übertragende Gesellschaft oder an die Aktionäre selbst bedungen sind. Ersteren Falls ist die übertragende Gesellschaft zur Veranlassung des Verfahrens befugt (*Lehmann-Ring*), im letzteren Fall ist die übernehmende Gesellschaft zuständig.

Die Austauschung der Aktien soll nach *Makower*[1]) dadurch ersetzt werden können, dass die Aktionäre im Besitze der Aktien der übertragenden Gesellschaft belassen werden, diese aber der Stempelung oder einem ähnlichen Verfahren unterliegen. Das Gesetz spricht lediglich vom Umtausch; doch erscheint der von *Makower* vorgeschlagene modus unbedenklich und im Falle des § 305 – „da hier nachträgliche Generalversammlungen nicht ausgeschlossen sind" – zweckmässig.

Während sich mit der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung der übernehmenden Gesellschaft in beiden Fällen der Fusion die Verschmelzung „der persönlichen Substrate" (*Staub*) der beiden Gesellschaften vollzieht, gilt dies für die Vereinigung der vermögensrechtlichen Substrate nicht in gleicher Weise. Im Falle des § 306 verliert mit dieser Eintragung die übertragende Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit und gilt der Übergang ihres Vermögens an die übernehmende Gesellschaft als erfolgt; im Falle der Fusion mit Liquidation hat die übernehmende Gesellschaft mit dieser

[1]) Makower § 305 A. 4.

Eintragung lediglich einen Anspruch auf Ausantwortung des Vermögens der übertragenden Gesellschaft erworben. Diese ist in dem bezeichneten Zeitpunkt regelmässig noch nicht untergegangen. Denn wenn auch im Falle des § 305 bereits der Veräusserungsbeschluss die Auflösung der übertragenden Gesellschaft bewirkt, so endigt damit doch nicht ihre rechtliche Existenz. Die Aktiengesellschaft löst sich auf, aber sie findet ihre Fortsetzung in der Liquidationsgesellschaft. Diese aber darf ihr Nettovermögen, d. h. den Bestand, der sich nach Durchführung der Liquidation ergibt, nicht vor Ablauf des „Sperrjahres" an die Übernehmerin ausantworten. Erst hiemit aber ist die übertragende Gesellschaft definitiv erloschen, erst hiemit die Verschmelzung der beiden Vermögensmassen erfolgt.

(Mit Rücksicht auf diese Rechtslage empfiehlt es sich, die Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung, die ja an keine Frist gebunden, auszusetzen, bis die Vermögensübergabe erfolgt ist. Denn sonst nehmen die neuen Aktionäre am Gewinn der übernehmenden Gesellschaft Teil, ohne dass diese im Besitz des Vermögens der übertragenden Gesellschaft ein Aequivalent besitzt.) [1]

§ 4.

Das Schicksal des Vermögens der übertragenden Gesellschaft und die übernehmende Gesellschaft.

A. im Falle des § 305.

Mit der Fassung des Veräusserungsbeschlusses (und der Eintragung der Auflösung ins Handelsregister) tritt, wie wir sahen, im Falle des § 305 die übertragende Gesellschaft in Liquidation, die erst nach geraumer Zeit mit der Ausantwortung des Vermögens an die

[1] Vgl. Staub § 305 A. 22, Rehm S. 397 D.

Übernehmerin ihr Ende findet. Diese Liquidation regelt sich, da die Fusion nur ein Spezialfall der Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräusserung des Vermögens im Ganzen, nach den Vorschriften des § 303 Abs. 3, die gegenüber der gewöhnlichen Abwickelung der Liquidation einige Abweichungen zeigen. Die eine betrifft den Wirkungskreis der Liquidatoren. Nach § 298 finden in den übrigen Fällen der Liquidation einer Aktiengesellschaft für dessen Begrenzung die Bestimmungen über die Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft Anwendung. Darnach haben die Liquidatoren die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen. Die Eingehung neuer Geschäfte ist ihnen nur erlaubt, soweit sie zur Beendigung schwebender Geschäfte erfolgt. Mit dem Zwecke der Fusion ist eine solch enge Begrenzung nicht vereinbar. Daher erklärt das Gesetz hier die Liquidatoren zu denjenigen Geschäften und Rechtshandlungen befugt, welche die Ausführung der beschlossenen Massregel d. i. der Fusion mit sich bringt. Die Liquidatoren haben im Falle des § 305 nicht nur die Befugnisse, die nach § 298 den Liquidatoren einer Aktiengesellschaft zustehen, sondern dürfen alle Massnahmen treffen, die für die Durchführung der Fusion geboten sind. Innerhalb dieser Grenzen sind sie zur Geschäftsführung wie Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Die Erweiterung gilt also nach innen wie nach aussen. Soweit sich aus dem Zwecke der Fusion eine Einschränkung des Geschäftsbereichs ergibt, wirkt sie nur nach innen; nach aussen sind dagegen die Liquidatoren ungeachtet der Veräusserung des Vermögens im Ganzen zur Einzelabwicklung nach § 149 ermächtigt. Dies ist aus § 151 in Verbindung mit dem

Umstande herzuleiten, dass die Veräusserung des Vermögens im Ganzen nicht mit bindender Kraft gegenüber Dritten registerkundig wird. [1])

Bei der Fusionierung zweier Gesellschaften wird, namentlich wenn deren Etablissements sich an verschiedenen Orten befinden, eine Fortsetzung des Betriebes der übertragenden Gesellschaft durch die übernehmende geplant sein, ja diese Betriebsübernahme wird zumeist die Veranlassung zum Erwerb des Vermögens der übertragenden Gesellschaft bilden. Dieses Unternehmen muss bis zur Ausantwortung des Vermögens an den Übernehmer von den Liquidatoren fortgeführt werden; sie sind zum Abschluss aller Geschäfte ermächtigt, die der Betrieb erfordert. Denn dessen gedeihliche Weiterentwicklung liegt im Interesse der Fusion. Nach der Denkschrift (Seite 165) dürfen die Liquidatoren aber auch dem Übernehmer die Geschäftsleitung in weiteren oder engeren Grenzen überlassen, sodass sich ihre Aufgabe in der Hauptsache auf eine überwachende Tätigkeit beschränkt.

Die zweite Besonderheit ergibt sich bezüglich der Ausantwortung des Vermögens an die übernehmende Gesellschaft. Diese darf erst erfolgen, nachdem die Liquidatoren dreimal in den Gesellschaftsblättern die Gläubiger der Gesellschaft unter Hinweis auf die Auflösung aufgefordert haben, ihre Forderungen anzumelden und seit der letzten dieser Veröffentlichungen ein Jahr verstrichen ist. Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen. Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder

[1]) Lehmann-Ring § 303 N. 6.

ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf die Verteilung des Vermögens nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist. (§§ 297, 301). Erfolgt unter Verletzung dieser Vorschriften die Übergabe des Vermögens, so machen sich die Liquidatoren nach § 298 Abs. 2, 241 Abs. 3 haftbar; daneben besteht eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nach § 249 Abs. 3. Von einer Haftung der Aktionäre nach § 217, wie sie die Denkschrift für den Fall des § 303 normiert, kann jedenfalls nur dann die Rede sein, wenn die Aushändigung der neuen Aktien oder vielmehr der Erwerb der Aktienrechte erst nach der Ausantwortung des Vermögens erfolgt; denn nur dann kann infolge der vorzeitigen Ausreichung der Aktien eine gesetzwidrige Leistung an die Aktionäre vorliegen. Indes scheint nach der Fassung des § 217 eine Heranziehung der Aktionäre nicht wohl begründet; es liesse sich höchstens eine analoge Anwendung des Paragraphen rechtfertigen. Eventuell wäre auch, – wie *Makower* entsprechend für § 303 annimmt, – in dem Falle, dass Leistung an die Aktionäre direkt bedungen war und der Übernehmer für eigene Rechnung Aktien gewährt, ein Bereicherungsanspruch begründet.[1]) Die gesetzwidrige Ausantwortung ist im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Übernehmer nicht nichtig; nur den Gläubigern, die keine Befriedigung oder Sicherstellung erlangt haben, gegenüber, ist sie nach § 135 BGB. unwirksam.[2])

Abgesehen von diesen Abweichungen regelt sich die Liquidation im Falle des § 305 nach den Vorschriften der §§ 294 – 302. Die infolge des Veräusserungsbeschlusses in Liquidation tretende Aktiengesellschaft

[1]) Cf. Makower § 303 A. III d. 3.

[2]) Makower § 303 A. III d. 3, Lehmann-Ring § 303 N. 7.

ist eine Aktiengesellschaft i. L., wie jede andere. Die Tatsache der Fusionierung berührt in keiner Weise ihre rechtliche Selbständigkeit. Sie behält bis zur Beendigung des Liquidationsverfahrens ihre Partei- und Prozessfähigkeit; ohne Rücksicht auf die Fusion kann die Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen betrieben, kann der Konkurs über dasselbe eröffnet werden.[1])

Erst mit der Ausantwortung des Vermögens und der Eintragung des Erlöschens der Gesellschaftsfirma ins Handelsregister (§ 302 Abs. 1) endigt ihre rechtliche Existenz. Das Vermögen findet ein neues Rechtssubjekt in der übernehmenden Gesellschaft. Der Übergang erfolgt aber nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge – denn daraus, dass das Gesetz diese in zwei Fällen der Veräusserung des Gesamtvermögens (§§ 304, 306) besonders festsetzt, erhellt, dass im übrigen keine successio in universum jus stattfindet – sondern geht mittels Singularsuccession vor sich. Es bedarf daher bei Mobilien der Übergabe, wie bei Immobilien der Auflassung; Forderungen müssen cediert werden, bei Orderpapieren ist Indossierung erforderlich. Bezüglich der prozessualen Seite ist mit *Staub*[2]) anzunehmen, „dass ein Prozess, der für oder gegen die veräussernde Aktiengesellschaft geführt wird, ungehindert fortgesetzt werden kann, ein gegen sie ergangenes oder ergehendes Urteil nicht Rechtskraft gegen den Übernehmer schafft. Wenn die Forderungen vor dem Erwerb rechtskräftig festgestellt sind, machen sie Rechtskraft und das Urteil wird auf Antrag des Gläubigers auf die übernehmende Gesellschaft umgeschrieben. (§ 729 CPO.)“

[1]) LG. Strassburg v. 21.X.1902 und OLG. Colmar v. 26.VI.1903 in Els.-Loth. Z. 29 S. 448.

[2]) Staub § 303 A. 17.

Wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn sich nach der Ausantwortung des Vermögens noch ein bisher unbekannt gebliebener Gläubiger der übernommenen Gesellschaft meldet? Gegen seinen ursprünglichen Schuldner kann er seinen Anspruch nicht mehr geltend machen; denn dieser hat seine Existenz verloren; kann er sich an den Übernehmer halten? Nach den Regeln des bürgerlichen Rechts[1]) können im Falle der Übernahme eines Vermögens durch Vertrag die Gläubiger des bisherigen Schuldners unbeschadet dessen weiterer Haftung von dem Abschlusse des Vertrages an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen. Diese Haftung besteht nun nicht, wie *Pinner* meint,[2]) erst jetzt nach der Ausantwortung des Vermögens an den Übernehmer, aber sie erlangt erst jetzt praktische Bedeutung. Denn da nach § 419 Abs. 2 BGB. die Haftung des Übernehmers auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrag zustehenden Ansprüche beschränkt ist, so können sich die Gläubiger für die Zeit von der Rechtswirksamkeit des Veräusserungsbeschlusses bis zur Übergabe des Vermögens lediglich an den Anspruch auf Ausantwortung halten. Nun aber, nachdem die übernehmende Gesellschaft das Vermögen des Veräusserers erworben, haftet sie den Gläubigern mit dessen Bestand. Soweit ein Gläubiger zur Zeit des rechtsgiltigen Abschlusses des Veräusserungsvertrages einen[3]) Anspruch gegen die übertragende Gesellschaft besass, kann er nun Befriedigung aus dem Bestand des übernommenen Vermögens verlangen. Der Übernehmer kann die Befriedigung insoweit verweigern, als das

[1]) § 419 BGB. cf. a 2 EG. HGB.
[2]) § 303 A. 4b.
[3]) Wenn auch noch nicht fälligen.

übernommene Vermögen nicht ausreicht. Er ist aber dann verpflichtet, das übernommene Vermögen zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung an den Gläubiger herauszugeben. Diese analoge Anwendung der erbrechtlichen Vorschriften tritt aber nur ein, wenn der Übernehmer die Beschränkung seiner Haftung geltend macht. Kommt es zum Prozess, so muss sich der Übernehmer nach § 786, 780 Abs. 1 CPO. die Beschränkung im Urteil vorbehalten lassen. Dann kann er im Falle einer Zwangsvollstreckung nach §§ 781, 785, 767, 769, 770 CPO. Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung erheben.

Schützt der Erwerber die beschränkte Haftung vor und muss demgenäss nach § 1990 BGB. das Vermögen herausgeben, so kann der Gläubiger ein Bestandsverzeichnis nach § 260 BGB. verlangen. Der Übernehmer ist dem Gläubiger nach §§ 1991, 1978 Abs. 1 BGB. für die bisherige Vermögensverwaltung wie ein Beauftragter verantwortlich. Hat der Übernehmer einen anderen Gläubiger befriedigt, so muss der ansprechende Gläubiger die Befriedigung als für Rechnung des übernommenen Vermögens erfolgt gelten lassen, wenn der Übernehmer den Umständen nach annehmen durfte, dass das übernommene Vermögen zur Berichtigung aller noch ausstehenden Verbindlichkeiten ausreiche. Zu dieser Annahme wird im Falle einer Fusion der Übernehmer wohl stets berechtigt sein, da ja den Gläubigern durch die Vorschriften der §§ 297, 301 HGB. genugsam Gelegenheit zur Anmeldung ihrer Forderungen im Liquidationsverfahren geboten wird, so dass nach der Ausantwortung des Vermögens das Auftauchen weiterer Forderungen nur ausnahmsweise zu gewärtigen ist. Ebenso wie die Be-

friedigung eines anderen Gläubigers wirkt es, wenn der Erwerber zur Befriedigung eines anderen Gläubigers rechtskräftig verurteilt wurde. Der ansprechende Gläubiger braucht auch die Verurteilung nur dann als auf Rechnung des übernommenen Vermögens erfolgt gelten zu lassen, wenn der Übernehmer das Vorhandensein eines zur Befriedigung aller noch vorhandenen Schulden genügenden Vermögensbestandes den Umständen nach annehmen durfte. War das nicht der Fall, so durfte es der Erwerber nicht zu seiner puren Verurteilung kommen lassen. Er musste die Einrede der beschränkten Haftung erheben und ist nun bei der Herausgabe des Vermögens nicht berechtigt, den Betrag, auf welchen seine Verurteilung lautet, in Abzug zu bringen.[1]) Übrigens können nicht blos auftauchende Gläubiger unter sich, sondern auch der Übernehmer mit diesen bei der Inanspruchnahme des übernommenen Vermögens konkurrieren. Denn wenn der Übernehmer die Beschränkung seiner Haftung geltend macht, gilt eine infolge der Vermögensübernahme eingetretene Konfusion als nicht erfolgt. (§ 1991 Abs. 2 BGB.)

Kann der Übernehmer sich der Haftung entschlagen oder sie beschränken, indem er mit dem Veräusserer den Nichteintritt der Bestimmungen des § 419 BGB. vereinbart? Die Frage ist zu verneinen. Nach ausdrücklicher Vorschrift des § 419 Absatz 3 BGB. ist der Eintritt der Haftung zwingenden Rechts, mithin eine entgegenstehende Abmachung den Gläubigern gegenüber unwirksam. Im Verhältnis zum Veräusserer kann der Ausschluss der Haftung erfolgen, da die Vorschriften des § 419 BGB. lediglich den Schutz der Gläubiger betreffen.

---

[1]) Schollmeyer, Recht der Schuldverh. § 419 A. 3.

Eine erweiterte Haftung greift Platz, wenn die veräussernde Gesellschaft ein Handelsgeschäft betrieben hat und dieses unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes von der Übernehmerin fortgeführt wird. Dann haftet diese für alle im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. (§ 25 Abs. 1 HGB.) Dieselbe verschärfte Haftung tritt ein, wenn zwar nicht die frühere Firma fortgeführt wird, aber ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere, wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist. (§ 25 Abs. 3.) Eine völlige Ausschliessung der Haftung im Falle der Fortführung der Firma, wie sie sonst nach § 25 Abs. 2 gestattet ist, kann hier nicht erfolgen; die Haftungsgrenze des § 419 BGB. ist mit Rücksicht auf dessen zwingende Feststellung jedenfalls innezuhalten.

Wann beginnt diese verschärfte Haftung der Übernehmerin? Eine Haftung nach § 25 Abs. 1 jedenfalls nicht vor Ablauf des Sperrjahres, da eine vorherige Fortführung der Firma durch die Übernehmerin nicht zulässig ist, wenn ihr ja auch die Geschäftsführung überlassen werden kann. Ist letzteres der Fall und verpflichtet sich die Übernehmerin besonders (§ 25 Abs. 3), so greift die Haftung schon vor dem Ablauf der gesetzlichen Wartezeit Platz.

Im übrigen ist auch diese Haftung mit Rücksicht auf die infolge der Gläubigerschutzvorschriften seltene Anmeldung von Forderungen nach Ausantwortung des Vermögens an die Übernehmerin ohne grosse Bedeutung. Tritt sie aber im Falle des § 25 Abs. 3 schon vor Ablauf des Sperrjahres ein, so steht ja der Übernehmerin ein Regress gegen die Liquidationsgesellschaft offen.

B. Im Falle des § 306.

Während im Falle der Fusion mit Liquidation die Verschmelzung der beiden Vermögensmassen erst nach Abwickelung eines langwierigen Liquidationsverfahrens vor sich geht, bestimmt das Gesetz für den Fall des § 306 in entsprechender Anwendung des § 304 Abs. 5, dass mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals – nach vorheriger Eintragung des Ausschliessungsbeschlusses – der Übergang des Vermögens der übertragenden Gesellschaft auf die Übernehmerin als erfolgt gilt.

Mit dieser Eintragung endigt die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft. Sie hat kein Vermögen mehr, keine Aktionäre, keine Vertreter. Ihre Firma ist erloschen (§ 304 Abs. 5), ohne dass es einer besonderen Löschung im Handelsregister bedurft hätte.

An die Stelle der übertragenden Gesellschaft tritt mit und durch diese Eintragung die übernehmende. Auf sie geht das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft als Ganzes über. Der Vermögensübergang vollzieht sich im Wege der Universalsuccession.[1]) Wie die einzelnen Vermögensbestandteile bislang durch die Person der Veräussererin zu einer Einheit verbunden waren, so gehen sie nun als Einheit auf den Erwerber über und finden in dessen Person einen neuen Mittelpunkt. Der Übernehmer tritt ein in alle rechtlichen Beziehungen des Veräusserers, aber nicht in jede einzelne als diese, sondern in ihrer Eigenschaft als Bestandteil des Ganzen. Die Succession bezieht sich allerdings auch auf die einzelnen in dem Vermögen enthaltenen Rechte, jedoch nur mittelbar, d. h. nur insofern und weil sie Teile des Vermögens als des

[1]) RG Bd. 28 S 363; Bay. Ob.L.G. vom 17.7.1905 in Zbl. F. G. VI. S. 347.

eigentlichen Gegenstandes der Succession sind.[1]) Gegenstand der Fusion sind nicht die einzelnen Grundstücke und Forderungen, auch nicht der nach Zahlung der Schulden der aufgelösten Gesellschaft sich ergebende Überschuss; der aufnehmenden Gesellschaft fällt das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft kraft Sondergesetzes in seiner Gesamtheit zu.[2]) Während aber in den sonstigen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge, beim Erbfall (§ 1922 BGB.), beim Anfall des Vermögens eines aufgelösten Vereins an den Fiscus (§ 45 BGB.) bei der liquidationslosen Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft (§ 304 HGB.) mit dem Eintritt der Universalsuccession die beiden Vermögensmassen zu einem Ganzen zusammenfliessen, ist bei der liquidationslosen Fusion das Prinzip eigenartig modifiziert. Rechtlich gehört auch hier das Vermögen von dem entscheidenden Registereintrag an der Übernehmerin, aber sie ist gehalten, es nicht mit ihrem übrigen Vermögen zu vereinigen. Das Gesetz verlangt getrennte Verwaltung der beiden Vermögensmassen für bestimmte Zeitdauer. Solange diese getrennte Verwaltung währt, gilt das ehemalige Vermögen der aufgelösten Gesellschaft im Verhältnis der Gläubiger dieser Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft. Es bildet also das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft so lange ein der Verfügung der Übernehmerin entzogenes Sondervermögen, die Veräussererin führt im Schosse der übernehmenden Gesellschaft in gewisser Beziehung eine Quasiexistenz fort.[3]) Diese Besonderheit

[1]) Savigny, System des röm. Rechts III S. 13.

[2]) Bay. Ob. L. G. III S. 897.

[3]) Vgl. Geissmar b. Holdheim XII S. 37 f.; Hellwig, Rechtskraft S. 203 f.

ändert aber nichts an der Charakterisierung des Nachfolgeverhältnisses als Universalsuccession; es treten im Falle der liquidationslosen Fusion alle die Rechtswirkungen ein, die eine Gesamtrechtsfolge mit sich bringt. Daher gehen die Grundstücke der aufgelösten Gesellschaft über, ohne dass eine Auflassung erforderlich wäre, ja auch nur erfolgen könnte.[1]) Ohne eine Verlautbarung im Grundbuch gehen die Grundstücke über und die grundbücherliche Eintragung des Übergangs geschieht nur zur Berichtigung des Grundbuchs.[2]) Zum Nachweis des Vermögensübergangs ist dem Antrag auf Grundbuchberichtigung (§ 22 G. B. O.) eine beglaubigte Abschrift der den Übergang bewirkenden Handelsregistereinträge beizufügen. Die Vorlage dieser Registerauszüge wird regelmässig genügen. Geht aber die Verschmelzung der Gesellschaften insbesondere die Beziehung der eingetragenen Kapitalserhöhung zu dem eingetragenen Ausschliessungsbeschlusse nicht zweifelsfrei aus ihnen hervor, so wird es für den Grundbuchrichter trotz der grundsätzlich rechtserzeugenden Wirkung beider Eintragungen geboten sein, den Fusionsvertrag und die Generalversammlungsbeschlüsse heranzuziehen.[3]) Von dem Nachweis der Erfüllung der vom Gesetz zu Gunsten der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft gegebenen Schutzvorschriften ist die Berichtigung nicht abhängig. Indes wird es sich empfehlen, die Grundbuchberichtigung bis zum Wegfall der getrennten Vermögensverwaltung auszusetzen, um eine mögliche Gefährdung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft

---

[1]) KGJ. XI S. 129; Pr. O. V. G. b. Holdheim VIII S. 97; OLG. Köln b. Holdheim IX S. 226; Geissmar b. Holdheim XIV S. 134.

[2]) Turnau-Förster, Liegenschafts-R. I 449; Kretzschmar, Einführung II 127; Predari, Grundbuch-Ordnung S. 369.

[3]) KG. v. 29.3.1906 in Bauer Zeitschr. XIV 133 f.

zu verhüten. Die Grundstücke sind aber nicht zu Gunsten der Gläubiger dinglich gebunden; von einer Verfügungsbeschränkung nach § 892 Abs. 1 Z. 2 BGB. ist keine Rede.[1])

Wie die Grundstücke der aufgelösten Gesellschaft ohne Übertragungsakt auf die übernehmende übergehen, so erwirbt diese durch die Fusion auch ohne weiteres die der aufgelösten Gesellschaft zustehenden Rechte an fremden Grundstücken, insbesondere die Hypotheken. Handelt es sich dabei um eine Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB.), so geht durch die Fusion die Hypothek nur in der Höhe über, in welcher im Augenblick der Fusion eine durch die Hypothek gesicherte Forderung der übernommenen Gesellschaft bestand. Soll die Hypothek auch für weiter entstehende Forderungen der übernehmenden Gesellschaft haften, so bedarf es eines diesbezüglichen zusätzlichen Vermerks im Grundbuch. Zu demselben Resultat führt die Eintragung der Auswechslung der Forderungen nach § 1180 BGB. Dabei wird die Zustimmung der übernommenen Gesellschaft durch den Nachweis der Fusion ersetzt. Dagegen muss nach erfolgter Einigung zwischen dem Eigentümer und der übernehmenden Gesellschaft als neuem Gläubiger die Eintragungsbewilligung des Eigentümers grundbuchmässig d. h. also in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Erklärung erbracht werden.[2]) Ist eine Hypothek für die aufgelöste Gesellschaft eingetragen und stellt die übernehmende eine löschungsfähige Quittung aus, so bedarf es zur Löschung auf Antrag des Grundstückseigentümers, der zugleich der persönliche Schuldner, nicht der vorherigen Umschreibung auf die übernehmende Gesellschaft als Gläubiger[3].)

---

[1]) Predari, Grundbuchordnung S. 369.

[2]) Cf. KGJ. 28 A. S. 145 ff.; Erlanger b. Holdheim XIV S. 10.

[3]) KG. v. 16.3.1905 in OLG. Rspr. XI S. 35.

Dieselben Grundsätze, wie sie das Immobiliarsachenrecht beherrschen, gelten bezüglich des Übergangs der Mobilien. Wie die Grundstücke ohne Auflassung auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, so erwirbt die Übernehmerin das Eigentum an den beweglichen Sachen ohne Übergabe. Ebenso tritt die übernehmende Gesellschaft ohne Cession in die Forderungen, ohne Indossament in die Berechtigungen aus Orderpapieren der aufgelösten Gesellschaft ein.

Schwebt zur Zeit der Perfektion der Fusion ein Prozess, in welchem die übernommene Gesellschaft Partei ist, so wird derselbe nach Massgabe der §§ 239 ff. CPO. ausgesetzt beziehungsweise unterbrochen. Zwar finden die Vorschriften der Civilprozessordnung ihrem Wortlaute nach nur Anwendung, wenn die Partei mit Tod abgeht, da aber die Voraussetzungen des Eingreifens der gesetzlichen Vorschriften Untergang der Partei und Gesamtrechtsnachfolge in ihr Vermögen im Fall der Fusion in gleicher Weise wie beim Tode der Partei gegeben sind, so erscheint eine analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen unbedenklich.[1]) Es liegt also nicht, wie *Lehmann* meint, ein Wechsel der Partei vor, so dass die übernehmende Partei nicht berechtigt wäre, ohne Zustimmung des Gegners als Rechtsnachfolger der in Streit befangenen Sache oder des litigiösen Anspruchs den Prozess zu übernehmen. (§ 265 CPO.)[1]) Ein für oder gegen die aufgelöste Gesellschaft ergangenes rechtskräftiges Urteil schafft Rechtskraft gegenüber dem Übernehmer; für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für und gegen den Rechtsnachfolger gilt § 727 CPO.

[1]) Staub § 306 A. 13; Lehmann-Ring § 306 N. 6 RG. Bd. 56 S. 331; Seuffert CPO. § 239 A. 8; Gaupp-Stein § 239 A. 1; Lehmann, Umwandlungen S. 43.

Durch die Fusion gehen nicht nur die Berechtigungen, sondern auch die Verbindlichkeiten der aufgelösten Gesellschaft auf die übernehmende über. Diese ist nunmehr den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft in vollem Umfang verhaftet. Es tritt nicht, wie im Falle des § 305 eine beschränkte Haftung nach § 419 BGB. ein, vielmehr können die Gläubiger ohne Rücksicht auf die Höhe des übernommenen Vermögens volle Befriedigung ihrer Ansprüche von der Übernehmerin fordern. (Arg. § 304 Abs. 5 „einschliesslich der Schulden"; § 306 Abs. 4 „übrige".)

Allein das Gesetz lässt es sich mit dieser Haftung nicht genügen. Denn während im Falle des § 304 die Person des Übernehmers hinreichend Garantie für die Befriedigung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft bietet, ist dies bei der Aufnahme einer Aktiengesellschaft in eine andere im Wege des § 306 nicht in demselben Masse der Fall. Daher fordert das Gesetz, um den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für den Fortfall der Liquidation ein Äquivalent zu gewähren, getrennte Verwaltung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft durch die übernehmende Gesellschaft. (§ 306 Abs. 2.) Es darf das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft nicht mit dem der übernehmenden vermischt werden. Es unterliegt einer gesonderten Buchführung; ein besonderes Inventar, eine besondere Bilanz ist erforderlich. Die Verwaltung obliegt dem Vorstand der übernehmenden Gesellschaft, der für die Trennung der beiden Vermögensmassen den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft in noch näher zu erörternder Weise verhaftet ist. Eine Vereinigung der Vermögensbestände ist erst statthaft, nachdem die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft von der anderen Gesellschaft in derselben Weise wie im

Falle der Fusion mit Liquidation von den Liquidatoren zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert worden und nur unter den Cautelen, wie sie dort für die Ausantwortung des Vermögens an den Übernehmer bestehen.[1]) Vor Ablauf des hienach einzuhaltenden Sperrjahres „darf" eine Vereinigung nicht erfolgen. Damit ist aber nicht gesagt, dass sie bis zu diesem Zeitpunkt erfolgen muss, oder als erfolgt gilt.[2]) Es steht der übernehmenden Gesellschaft frei, die Trennung der Vermögensmassen z. B. durch Fortführung des Betriebes der aufgelösten Gesellschaft als Filiale auch weiterhin aufrecht zu erhalten, wie sie auch die Vereinigung dadurch hinauszuzögern vermöchte, dass sie die öffentliche Aufforderung der Gläubiger auf einen späteren Zeitpunkt verschiebt. Sobald die aufnehmende Gesellschaft das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft mit dem ihrigen zu einem Ganzen verschmolzen, können die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft für ihre Ansprüche gegen diese nur mehr die Übernehmerin belangen. Freilich ist es auch vorher stets die übernehmende Gesellschaft, der gegenüber die Geltendmachung der Forderungen erfolgt; aber es steht den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft frei, ob sie ihre Befriedigung aus dem Vermögen der übernehmenden Gesellschaft selbst oder aus dem von ihr übernommenen Vermögen der aufgelösten Gesellschaft verlangen wollen. Ihnen gegenüber hat die getrennte Verwaltung der beiden Vermögensmassen nicht bloss tatsächliche, sondern rechtliche Bedeutung. Im Verhältnis der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern

[1]) §§ 306 Abs. 5, 297, 301 cf. oben S. 33 f.

[2]) So Staub 6/7. Aufl. A. 17, dageg. 8. Aufl. A. 20; Pinner A. IV 2b; Goldmann A. 2 Z. 11; Lehmann-Ring No. 11 zu § 306.

wird es so angesehen, als wenn eine Fusion gar nicht erfolgt wäre, als wenn die aufgelöste Gesellschaft – jedenfalls in ihren vermögensrechtlichen Beziehungen – noch fortbestände, nur dass die Verwaltung nicht mehr in den Händen der früheren Organe ruht, sondern dem Vorstand der übernehmenden Gesellschaft übertragen ist. Daher erfährt ihre rechtliche Lage durch die Fusion keine Verschlechterung. Insbesondere können sie ihre Ansprüche im Gerichtsstande der aufgelösten Gesellschaft gegen die Übernehmerin geltend machen; das forum domocilii der aufgelösten Gesellschaft bleibt bis zu der Vereinigung der Vermögensmassen bestehen. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass die Klage bei dem hienach zuständigen Gerichte erhoben werden müsste; der Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft ist kein ausschliesslicher, sondern ein wahlweiser, wahlweise neben dem Gerichtsstand des Sitzes der übernehmenden Gesellschaft eingeräumt. Die entgegenstehende – so viel ich sehe, von keiner Seite geteilte Anschauung *Makowers*[1]) erscheint nicht zutreffend; „indem diese (die übernehmende) Gesellschaft ihren allgemeinen Gerichtsstand am Orte ihres Sitzes hat, muss sie auch in diesem wegen der von ihr übernommenen fremden Schulden zu Recht stehen.[2])

Da für die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft in ihrem Verhältnis zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt, brauchen sie es nicht zu dulden, dass die übrigen Gläubiger der Übernehmerin, gleichviel, ob ihre Forderungen bereits vor der Vereinigung beider Gesell-

---

[1]) Makower § 306 A. IIIc, 2.

[2]) Renaud S. 813 vgl. Staub A. 18; Lehmann-Ring N. 9 z. § 306.

schaften begründet waren, oder erst nach dem gedachten Zeitpunkt enstanden sind (Denkschrift S. 168/69). Zwangsvollstreckungen in dieses Vermögen vornehmen, Sie können Widerspruchsklage gegen eine Pfändung von Gegenständen, die zum übernommenen Vermögen gehören, nach § 771 CPO. erheben. Zwar fallen obligatorische Rechte regelmässig nicht unter den Begriff eines die Veräusserung hindernden Rechtes: allein, wenn, wie im vorliegenden Falle, eine nicht zum Vermögen des Schuldners gehörige Sache, die der Schuldner namens eines anderen besitzt, zurückgefordert wird, erscheint die Anwendung des § 771 CPO. gerechtfertigt. Da das übernommene Vermögen auch im Verhältnis der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der Übernehmerin als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt, würde sonst der Gläubiger durch die Pfändung mehr Rechte erwerben, als die Übernehmerin selbst besessen[1].)

Aktiv legitimiert zu dieser Klage ist nicht, wie *Lehmann-Ring* annimmt,[2] die Gläubigerschaft der übertragenden Gesellschaft – vertreten durch den Vorstand der übernehmenden Gesellschaft – sondern jeder einzelne Gläubiger. Der Klagantrag ist auf Zurückgewährung zu dem übernommenen Vermögen zu richten.

Gerät die übernehmende Gesellschaft in Konkurs, so haben die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft, da das übernommene Vermögen ihnen gegenüber nicht dem Gemeinschuldner gehört, ein Aussonderungsrecht nach § 43 K. O.

Die Annahme eines Absonderungsrechtes, wie es

---

[1]) Ebenso Makower A. IIIc, 3; Staub 8. Aufl. A. 19 und bes. Merzbacher A. 5 zu § 306 abw. Staub 6/7. Aufl. A. 16.

[2]) Lehmann-Ring § 306 N. 10.

Staub und *Lehmann*[1]) für gegeben erachten, steht, da seine Voraussetzung wäre, dass der Gegenstand, aus dem abgesonderte Befriedigung begehrt wird, zur Konkursmasse gehörte, mit § 306 Abs. 4 in Widerspruch. Aus demselben Grunde ist die Meinung *Goldsteins*[2]) zu verwerfen, der den Gläubigern lediglich ein Vorzugsrecht nach § 61 K. O. zubilligen will; die Forderungen dieser Gläubiger sind keine Konkursforderungen. Das Aussonderungsrecht ist, wie mit *Lehmann-Ring*[3]) anzunehmen ist, von dem Vorstand der übernehmenden Gesellschaft für die Gläubigerschaft der übertragenden Gesellschaft auszuüben. Es unterliegt nunmehr der Liquidation; ein etwaiger Überschuss ist an den Konkursverwalter zur Masse abzuliefern.

Sind die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Konkurses auch oder nur bezüglich des übernommenen Vermögens gegeben, so kann über dasselbe nach § 207 Abs. 2 K. O. Konkurs eröffnet werden. Es handelt sich dabei nicht, wie *Jäger*[4]) annimmt, um einen Gesamtkonkurs der untergehenden, sondern um einen Sonderkonkurs der übernehmenden Gesellschaft; diese ist Gemeinschuldner, Gegenstand des Konkurses aber ist nur ein Teil ihres Vermögens. Zuständig für diesen Konkurs ist sowohl das Amtsgericht des Sitzes der aufgelösten Gesellschaft, als dasjenige, in dessen Bezirk die übernehmende domiziliert.[5])

Sind über das übernommene Vermögen der auf-

---

[1]) Staub 6/7. Aufl. A. 16; Lehmann, Aktiengesellschaften S. 534; wie der Text Staub 8. Aufl. A. 19, Lehmann-Ring l. c., Makower A. IIIc, 3.

[2]) Goldstein in Hirth's Ann. 1901 S. 741.

[3]) Lehmann-Ring l. c., ebenso Makower l. c.

[4]) Jäger, Konkurs-Ord. § 207, 208 A. 2; abw. Denkschr. S. 168; Staub 8. Aufl. A. 19; Makower IIIc, 3; Lehmann-Ring N. 10 zu § 306.

[5]) Abw. Goldstein l. c. S. 730.

gelösten Gesellschaft und über das sonstige Vermögen der Übernehmerin zwei getrennte Konkurse eröffnet, so können die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft ihre Forderungen in beiden Konkursen zum vollen Betrag anmelden (§ 68 K. O.)[1]. Wird nur über das übernommene Vermögen Konkurs eröffnet, so können sie für einen Ausfall die übernehmende Gesellschaft in Anspruch nehmen.

Dem Recht der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft auf Aussonderung des übernommenen Vermögens im Konkurse der Übernehmerin steht ein Recht der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft, demzufolge deren Vermögen – d. h. deren eigenes Vermögen – nur zur Befriedigung dieser Gläubiger dienen sollte, nicht gegenüber. Sie können nicht verlangen, dass ihr Schuldner keine neuen Schulden kontrahiere und müssen sich daher eine Haftung des Vermögens der übernehmenden Gesellschaft auch für die ihr infolge der Fusion erwachsenen Schulden gefallen lassen. Auch wenn man mit *Staub* (6./7. Aufl.) den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft lediglich ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem übernommenen Vermögen zubilligt, geht es nicht an, den übrigen Gläubigern der Übernehmerin ein gleiches Recht für deren übriges Vermögen einzuräumen.

Die Ansicht *Staubs,* der auch diesen Gläubigern die gedachte Bevorrechtigung gewährt, fusst auf der irrigen These, als dürften die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft sich für die Dauer der Separation nur an das übernommene Vermögen halten, so dass also das übrige Vermögen der Übernehmerin zur Befriedigung ihrer übrigen Gläubiger verbliebe. Dies lässt sich aber

[1]) Ebenso Jäger l. c. A. 13; Goldstein l. c. S. 741; abw. Makower A. IIIc, 3; Lehmann-Ring N. 10 z. § 306.

mit dem Wortlaut des § 306 Abs. 4 („übrige") nicht vereinbaren; das Gesetz hat an dieser Stelle offenbar nur die Interessen der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft im Auge. „Dass auch eine Sonderung des Vermögens der übernehmenden Gesellschaft eintrete, ist nicht gesagt und sollte nach den Materialien des Gesetzes (Denkschrift S. 168), die nur den Schutz der Gläubiger der erlöschenden Gesellchaft anstreben, nicht gesagt werden.[1])[2])

Angesichts der grossen rechtlichen Tragweite, die die Separation für die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft besitzt, hat das Gesetz die Vermögenstrennung mit besonderen Garantien umgeben. § 306 Absatz 6 macht die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats der übernehmenden Gesellschaft den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für die Ausführung der getrennten Verwaltung verantwortlich. Für eine solche Haftbarmachung bedurfte es einer besonderen Bestimmung. Denn „nach den allgemeinen aktienrechtlichen Regeln würden die Organe der übernehmenden Gesellschaft an sich gegenüber den Gläubigern der übertragenden nicht unmittelbar verantwortlich sein, wenn

[1]) Jäger l. c. A. 13.

[2]) Für das alte Recht war es zweifelhaft, ob den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem übernommenen Vermögen zustehe. Die in der Literatur (Wiener S. 380, Ring S. 683 A. 4, Petersen-Pechmann S. 597) vorherrschende Meinung, die im Falle des art. 247 einen Sonderkonkurs über das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft zulässt, ist ohne Stütze im Gesetz, wenn ja auch zuzugeben ist, dass ohne diese Annahme die getrennte Verwaltung ohne Zweck wäre. Doch gab es auch da Dissentienten (so Puchelt-Förtsch S. 632 u. insbes. Staub 5. Aufl. S. 643 § 9). Die positive Vorschrift des § 306 Abs. 4 hat diesen Zweifel beseitigt, indem nun das Gesetz bestimmt, dass den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft gegenüber das getrennt verwaltete Vermögen noch als ihr Vermögen gilt. Vgl. Denkschr. S. 168; Pinner IV, 2c zu § 306.

sie das angefallene Vermögen seinem eigentlichen Zweck entziehen und eine vorzeitige Verschmelzung vornehmen sollten, da sie mit dieser Handlungsweise keinen Verstoss gegen §§ 241 Abs. 3, 4, 249 begehen würden."[1])

Die Organe der übernehmenden Gesellschaft sind den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für die Ausführung der getrennten Vermögensverwaltung verantwortlich. Das will sagen, die Gläubiger können sich an sie halten, wenn die Vorschrift des Sperrjahres nicht gewahrt wird. Da aber die Gläubiger ein bestimmtes Klagebegehren erheben müssen, so wird der Nachweis der vorzeitigen Vereinigung nicht genügen, sondern die Gläubiger müssen dartun, dass ihnen dadurch, dass sie nicht mehr allein aus dem übernommenen Vermögen Befriedigung verlangen können, sondern mit den übrigen Gläubigern der Übernehmerin konkurrieren, ein Schaden erwachsen ist.[2])

Diesen Schaden können sie nach § 306 ersetzt verlangen. Dabei sind sie nicht der Beschränkung des § 241 Abs. 4 unterworfen, so dass sie einen Ersatzanspruch nur geltend machen könnten, soweit sie nicht von der Übernehmerin ihre Befriedigung erlangen können, sondern können die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats sofort und für den vollen Betrag des Schadens belangen. Während aber die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder in jedem Fall einer vorzeitigen Verschmelzung eintritt, soferne nur der Nachweis eines Schadens erbracht wird, gilt für die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder dieselbe Milderung wie nach § 249 Abs. 3. Die Gläubiger können sie nur in Anspruch nehmen, soweit eine Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften mit ihrem Wissen und ohne ihr

[1]) Cahn, Aufsichtsrat S. 184.
[2]) Abw. nur Puchelt S. 633.

Einschreiten erfolgt ist. Voraussetzung ist also einerseits positive Kenntnis der vorzeitigen Aufhebung der getrennten Verwaltung; Wissen müssen steht dem Wissen nicht gleich. Doch wird es immerhin genügen, wenn der Aufsichtsrat aus einem gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verstossenden Verschulden keine Kenntnis hat, wenn er schuldhafter Weise nicht um die gesetzwidrige Vornahme gewusst und dadurch Schaden entstanden ist. Andrerseits müssen die Aufsichtsratsmitglieder ein Einschreiten unterlassen haben. Darnach muss also überhaupt die Möglichkeit ihres Eingreifens bestanden haben; sie müssen in der Lage gewesen sein, Einspruch zu erheben. In welcher Weise ein solches Einschreiten erfolgen soll, ist gesetzlich nicht festgelegt. Doch wird es jedenfalls über das Mass blosser Bitten und Vorstellungen an die Vorstandsmitglieder hinausgehen müssen. Zum mindesten muss das einzelne Aufsichtsratsmitglied seine Kollegen auf die Machenschaften des Vorstandes aufmerksam machen und äussersten Falls sein Amt niederlegen. Sind diese beiden Voraussetzungen – wissen und nicht einschreiten – erfüllt, so ist die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder begründet; es ist nicht erforderlich, dass der Aufsichtsrat mit einer Schädigung der Gläubiger einverstanden gewesen. Für den eingetretenen Schaden haften die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates nach § 421 ff. BGB. als Gesamtschuldner. Die Gesamtschuld besteht überall nur insofern mehrere Mitglieder durch gemeinsames oder einzelnes ihnen zuzurechnendes Verhalten den Gläubigern Schaden verursacht haben, nicht aber so, dass jedes Mitglied auch für den durch andere Mitglieder verursachten Schaden verantwortlich ist.[1]) Die Haftung wird nicht dadurch

[1]) Lehmann-Ring § 306 N. 12.

ausgeschlossen, dass die vorzeitige Aufhebung der getrennten Verwaltung auf einem Generalversammlungsbeschluss beruht. Jeder einzelne geschädigte Gläubiger kann seinen Schadenersatzanspruch geltend machen. Wird Konkurs über das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft eröffnet, so kann der Konkursverwalter weder die Gläubiger noch die Schuldner (aus § 306 Abs. 6) vertreten. Die Gläubiger können überhaupt erst nach Abwickelung des Konkurses vorgehen, da erst dann die Schadenshöhe festgestellt werden kann. Eine analoge Anwendung des § 217 ist sonach nicht gerechtfertigt; die Bestimmung dieses Paragraphen ist (ebenso wie die des § 171) eine singuläre.[1]) Wenn *Staub* (8. Aufl.) noch einen Sonderkonkurs über das übernommene Vermögen für möglich hält, in welchem der Konkursverwalter die Gläubigerrechte geltend machen sollte, so steht dieser Annahme die Tatsache entgegen, dass ja schon die Trennung aufgehoben, daher also kein Sonderkonkurs möglich ist. Die Ansprüche der Gläubiger verjähren, wie in analoger Anwendung der §§ 241 Abs. 5, 249 Abs. 4 anzunehmen ist, in fünf Jahren.[2]) Die Frist beginnt, da sie erst durch die Entstehung eines Anspruchs in Lauf gesetzt wird, nicht schon mit der Zuwiderhandlung gegen die Bestimmung des § 306 Abs. 5, sondern erst mit dem Eintritt eines Schadens.

§ 306 Abs. 6 regelt nur die Haftung der Organe der übernehmenden Gesellschaft gegenüber den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft. Daneben besteht eine Haftung dieser Organe gegenüber der übernehmenden Gesellschaft nach §§ 241 Abs. 1 u. 2, 249 Abs. 1 u. 2, die sie für die sorgfältige Erfüllung ihrer Obliegenheiten,

[1]) Vgl. Cahn S. 235; a. M. Goldstein S. 745.

[2]) Lehmann-Ring § 306 N. 12; Ring a. 226 A. 1.

in concreto also der Ausführung der getrennten Vermögensverwaltung verantwortlich machen.

Den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft haftet anderseits – neben dem Übernehmer selbst – für die Durchführung der Separation nur Vorstand und Aufsichtsrat der übernehmenden Gesellschaft. Eine Haftung der Organe der aufgelösten Gesellschaft ist ausgeschlossen; denn diese haben mit der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung der übernehmenden Gesellschaft ihre Vertretungsmacht verloren, so dass sie auch nicht über die Ausführung der getrennten Vermögensverwaltung zu wachen haben.

§ 5.

Die Wirkung der Fusion auf die von der übertragenden Gesellschaft geschlossenen Verträge.

Über die Wirkung der Fusion auf das Vermögen der übertragenden Gesellschaft ist – in einer Reihe von Beziehungen – bereits im vorausgehenden gesprochen worden. Wenn hier noch eine Einzelfrage gesonderte Behandlung findet, so rechtfertigt sich dies mit ihrer besonderen Wichtigkeit. Denn „die Frage in Betreff der Wirkungen der Fusion wird meist in Bezug auf den Fortbestand der von der in einer anderen aufgehenden bisherigen Gesellschaft eingegangenen Verträge erhoben".[1])

Für den Fall der Fusion mit Liquidation lautet die Antwort zunächst dahin, dass die übertragende Gesellschaft auch im Liquidationsstadium aus den von ihr vor der Auflösung geschlossenen Verträgen berechtigt und verpflichtet bleibt. Finden diese nicht bereits im Verlaufe der Liquidation ihre Erledigung und sollen sie auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, so kann dereu

[1]) Wiener b. Goldschmidt XXVII S. 366.

Eintritt nur unter Zustimmung aller Beteiligten erfolgen. Da bei gegenseitigen Verträgen – und um solche handelt es sich hier – jeder Teil zugleich Gläubiger und Schuldner ist, kann eine Cession oder Schuldübernahme allein nicht zum Ziele führen. Es bedarf vielmehr eines Übereinkommens, das in einer Combination von Forderungsabtretung und Schuldübernahme besteht. Diese stehen untereinander in einem Abhängigkeitsverhältnis, das Geschäft ist synallagmatischer Natur. Erst wenn und soweit der eine Teil cediert, übernimmt der andere die Schuld.[1]) Im Falle des § 305 tritt also die übernehmende Gesellschaft nur im Wege der Vertragserneuerung an die Stelle der Veräussererin in die von dieser eingegangenen Verträge.

Anders liegt die Sache im Falle des § 306. Hier geht mit der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung der übernehmenden Gesellschaft das Vermögen der übertragenden Gesellschaft als Ganzes auf die Übernehmerin über. Es tritt also die übernehmende Gesellschaft infolge der Universalsuccession auch ipso jure in die von der übertragenden Gesellschaft eingegangenen Verträge ein. Den Vertragsgegnern der Veräussererin steht jetzt als Gegencontrahent die Übernehmerin gegenüber. Die Frage nach dem Fortbestand der von der übertragenden Gesellschaft geschlossenen Verträge ist daher hier zu modifizieren. Gegen den Eintritt der Übernehmerin können sich die Vertragsgegner der Veräussererin nicht erwehren. Dieser ist eine notwendige Konsequenz der Gesamtrechtsfolge, die unabhängig ist von ihrem Willen, ihrem Einverständnis. Die Frage lautet hier: Müssen die Vertragsgegner bei ihrem neuen Gegencontrahenten

[1]) Ehrenberg in Z. Vers.-Wiss. IV S. 28; vgl. Crome System II S. 325; Dernburg, Bgl. Recht II Abt. 1 § 136 Abs. 2; Enneccerus-Lehmann, Bgl. R. I § 222, II, 2.

ausharren oder gewährt ihnen die Tatsache der Fusion das Recht, sich ihrer Vertragspflichten zu entschlagen? Generell ist die Frage ohne Zweifel zu verneinen. Wozu sonst ein Eintritt der Übernehmerin, wenn der andere Teil ihr den Vertrag nicht zu halten braucht? Grundsätzlich ist daran festzuhalten, dass der Gegencontrahent infolge der Fusion nicht zur Kündigung oder zum Rücktritt berechtigt ist, da ja die alte Rechtspersönlichkeit der aufgelösten Gesellschaft durch die übernehmende fortgesetzt wird.[1])

Eine Abweichung von diesem Prinzip ist einmal in der Weise möglich, dass der veränderte Charakter der Leistung an die Übernehmerin an Stelle der Veräussererin ein Rücktrittsrecht gewährt. Danach bestünde für die Angestellten der übertragenden Gesellschaft keine Verpflichtung, in den Diensten der Übernehmerin zu verbleiben, wenn sich „mit dem Eintritt der neuen Gesellschaft in das Vertragsverhältnis die Verhältnisse so wesentlich geändert haben, dass der Angestellte, wenn diese Änderungen während der Dauer des Dienstverhältnisses zu der ursprünglichen Mitcontrahentin eingetreten wären, das Recht gehabt hätte, das Verhältnis einseitig aufzulösen, oder aber dass, wenn die veränderten Verhältnisse schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorgelegen hätten, anzunehmen wäre, es würde der Angestellte den Vertrag nicht eingegangen haben.[2]) Da die persönliche Seite bei einer Aktiengesellschaft nicht in Frage kommen kann – an sich ist es für den Angestellten gleichgiltig, ob er bei der Aktiengesellschaft A oder der Aktiengesellschaft B bedienstet ist – können diese Veränderungen in der Hauptsache nur auf ver-

[1]) RG. v. 30.3.1906 in Els.-Loth. Z. XXXI S. 549.
[2]) OLG. Stuttgart in Seuff. A. XLVII S. 401.

mögensrechtlichem Gebiete liegen. Damit aber ist, da die aufnehmende Gesellschaft stets die wirtschaftlich stärkere, die Rücktrittsmöglichkeit sehr reduziert. Regelmässig wird der Angestellte aus der Fusion kein Recht herleiten können, einseitig den Vertrag zu kündigen.

Eine zweite Alterierung erfährt der Grundsatz des Fortbestandes der von der Veräussererin eingegangenen Verträge auf dem Gebiete der Lieferungsverträge. Soweit die Übernehmerin hiebei der empfangende Teil, gilt mit entsprechender Änderung das für die Dienstverträge Gesagte. Ist aber die Übernehmerin aus dem Vertrag zu Leistungen verpflichtet, so braucht sie der Gegencontrahent nur dann als Schuldner zu behalten, wenn sie die geschuldete Leistung in derselben Weise wie die Veräussererin gewährt. Ist sie hiezu nicht imstande, so ist die Gegenseite berechtigt, nach § 325 BGB. vom Vertrag zurückzutreten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es nicht genügt, wenn die Übernehmerin eine gleichwertige Leistung zu bieten vermag. Der Vertragsgegner bleibt nur gebunden, wenn ihm die Übernehmerin die nämliche Leistung gewährt. So hat das Reichsgericht im Falle der Fusion der Aktiengesellschaft M. K.-Brauerei mit der Aktiengesellschaft U.-Brauerei, einen Wirt, der mit der M. K.-Brauerei einen Bierlieferungsvertrag geschlossen, für nicht verpflichtet erklärt, seinen Bedarf an Bier nunmehr von der U.-Brauerei zu beziehen. Selbst wenn die U.-Brauerei ebenso gebrautes und ebenso gutes Bier wie früher und – da das Warenzeichen der M. K.-Brauerei auf sie übergegangen – unter demselben Namen zu liefern imstande sei, sei der Rücktritt gerechtfertigt, weil nach den im Verkehr und insbesondere bei dem Bier konsumierenden Publikum herrschenden Anschauungen das von der U.-Brauerei hergestellte Bier nicht als M. K.-Bier gelte,

Fusion auf die von der übertragenden Gesellschaft einweil es nicht mehr von einer Brauerei dieses Namens hergestellt werde.[1])

Noch bedarf vielleicht der Einfluss der Fusion auf Miet- und Pachtverträge einer kurzen Erörterung. In analoger Anwendung der §§ 569, 596 BGB. ist hier anzunehmen, dass wenn die übertragende Gesellschaft Räumlichkeiten gemietet hatte, sowohl die Übernehmerin als auch der Vermieter das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen berechtigt ist, während im Falle der Pacht dieses Recht nur der übernehmenden Gesellschaft zusteht. War die übertragende Gesellschaft Vermieterin oder Verpächterin, so gewährt die Fusion keinem der Vertragsteile einen Kündigungsgrund.

§ 6.

Besonderheiten im Falle der Fusion von Versicherungsgesellschaften.

Die gesetzlichen Bestimmungen über Fusion gelten für alle Aktiengesellschaften des deutschen Rechts, gleichviel welches der Gegenstand der einzelnen Unternehmung. Einige Besonderheiten ergeben sich im Falle der Verschmelzung zweier Versicherungsgesellschaften, Besonderheiten, die nicht auf Normen des Handelsrechtes beruhen, sondern sich auf Vorschriften des Reichsgesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12.V.1901 beziehungsweise auf die besondere Natur der Versicherung gründen.

Nach § 14 PVG. bedarf jedes Übereinkommen, wodurch der Versicherungsbestand eines Unternehmens in

[1]) RG. v. 30.III.1906 AZ. II 472/1905 im Auszuge mitgeteilt in Els.-Loth. Z. XXXI S. 549; hier nach einer Ausfertigung zitiert; vgl. in derselben Sache Urteil d. Landger. München II AZ. A. 258/05 und des OLG. München AZ. 353/05 I. III; ähnlich Urt. d. LG. München II AZ. 254 A 05

seiner Gesamtheit auf ein anderes Unternehmen übertragen werden soll, der Genehmigung der für die beteiligten Unternehmungen zuständigen Aufsichtsbehörden. Nicht sowohl die Fusion selbst, als vielmehr die Abtretung des Versicherungsbestandes ist genehmigungspflichtig. Die beteiligten Aufsichtsbehörden dürfen ihr veto nur aus bestimmten Gründen aussprechen; nur wenn einer der Fälle des § 7 PVG. vorliegt, können sie die Zustimmung verweigern. In Betracht kommt in erster Linie die Vorschrift § 7 Abs. 2 PVG, dass durch die Fusion die Interessen der Versicherten nicht hinreichend gewahrt werden, oder die dauernde Erfüllbarkeit der aus den Versicherungen sich ergebenden Verpflichtungen nicht genügend dargetan ist. Bei dieser Prüfung wird die Aufsichtsbehörde in erster Linie die Vermögenslage der aufnehmenden Gesellschaft zu berücksichtigen, sich zu vergewissern haben, „dass bei ihr die Befürchtung einer Concessionsentziehung (§ 67), einer Konkurseröffnung (§ 68) oder einer Sanierung (§ 69) nicht grösser sei, als bei der übertragenden.[1])[2])

Ist die Genehmigung der Aufsichtsbehörden erteilt, so folgt die Fusion den allgemeinen Vorschriften. Dabei wird es sich im Falle einer Fusion nach § 306 mit Rücksicht auf die Höhe der Beträge, die namentlich bei der Lebensversicherung die Sicherstellung der Gläubiger i. e. der Versicherungsnehmer erfordert, empfehlen, die Vereinigung der Vermögensmassen so lange hinauszuschieben, bis der letzte (ursprünglich bei der aufgelösten Gesellschaft) Versicherte ausgeschieden oder gestorben ist.

Von besonderem Interesse ist im Falle der Fusion zweier Versicherungsgesellschaften der Einfluss der

[1]) OLG. Dresden v. 29.12.1905 im Auszug mitgeteilt im „Recht" X S. 1206, hier nach einer Ausfertigung zitiert.

[2]) Die zitierten §§ sind §§ des PVG.

gegangenen Versicherungsverträge. Im Falle der Fusion mit Liquidation ist während des Liquidationsstadiums ein Rücktritt nicht möglich; für die Verhältnisse nach Beendigung der Liquidation gilt das oben (S. 55 f.) Gesagte. Für die liquidationslose Fusion erhebt sich wiederum die Frage: Sind die Versicherungsnehmer verpflichtet, bei der Übernehmerin auszuharren? Entscheidend ist hiefür der Umstand, ob der Eintritt der Übernehmerin eine nachteilige Änderung ihrer Lage bewirkt. *Ehrenberg* gelangt in seiner „Abtretung des Portefeuilles" zu einer strikten Verneinung eines Rücktrittsrechts. Wenn die Aufsichtsbehörde, so argumentiert er, die Übertragung des Versicherungsbestandes genehmigt, so ist damit in der denkbar sachverständigsten Weise festgestellt, dass die Lage der Versicherten eine wirtschaftliche Einbusse nicht erleiden, höchst wahrscheinlich sogar eine Verbesserung erfahren wird. Infolgedessen steht den Versicherten ein Recht des Rücktritts vom Versicherungsvertrag nicht zu.[1]) Zu demselben Resultat gelangt eine Entscheidung des OLG. Dresden vom 29.12.1905 unter Berufung auf die Ausführungen des Aufsichtsamts für Privatversicherung (Veröffentlichungen des Aufsichtsamts für Pr. Vers. IV N. 2 S. 73), das die Ansicht ausspricht, dass eine wirksamere, sachgemässere, der Natur der Versicherungsverträge, wie den Zwecken der gesetzlichen Bestimmung mehr entsprechende Sicherstellung nicht geboten werden könne, als sie die Versicherten dadurch erhalten, dass in die Verpflichtung der Gesellschaft ihnen gegenüber ein anderer Versicherer eintritt, den die Aufsichtsbehörde für genügend sicher erklärt hat.[2])

[1]) Ehrenberg in Z. Vers.-Wiss. IV S. 24 ff.

[2]) Vgl. auch KG. v. 21.3.1906 AZ. 9 U. 6903/05 u. AG. Berlin I Abt. B v. 12.2.1906 AZ. 2c 1416/05.

Diese scharfe Negierung dürfte jedoch nicht zu billigen sein. Denn die Genehmigung der Aufsichtsbehörde ist rein verwaltungsrechtlicher Natur, kann daher den Beweis, dass der Übernehmer trotz der Genehmigung unsicher ist, nicht abschneiden. Wird die Entscheidung auch zumeist im Sinne der Anschauung des Aufsichtsamtes ausfallen, so ist doch nicht ausser Acht zu lassen, dass eine Veränderung der Lage der Versicherten nicht steht und fällt mit einer Verschiebung der vermögensrechtlichen Position der Gesellschaft, dass hiebei auch andere Umstände, insbesondere die Versicherungsbedingungen der Übernehmerin eine Rolle spielen.[1]) Dringt der Versicherungsnehmer hienach durch, so ist er nicht nur nicht verpflichtet das Versicherungsverhältnis mit der übernehmenden Gesellschaft fortzusetzen, sondern kann – im Falle der Lebensversicherung – auch Rückgewährung der geleisteten Prämien nach § 812 BGB. verlangen.

§ 7.

Kritische Schlussbetrachtung.

Überblickt man die gesetzlichen Bestimmungen vom Standpunkt der Kritik, so wird man nicht umhin können, ihre Fassung als eine gelungene zu bezeichnen. Insbesondere hat die Hauptzweifelsfrage der Fusion nach A. D. H. G. B. die Stellung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft gegenüber deren Vermögen durch die Formulierung des § 306 Abs. 4 eine befriedigende Lösung erfahren. Dagegen erheben sich gegen die Zweckmässigkeit der Gesetzesvorschriften in der Praxis manche Bedenken. Ihren Angelpunkt bildet die Vorschrift der Einhaltung des Sperrjahres. Schon *Simon*[2]) hat gegenüber

[1]) Vgl. Fuld b. Holdheim XVI S. 1 ff.

[2]) Makower-Simon, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches S. 83 f.

dem Entwurf zum HGB. für den Fall des § 305 darauf hingewiesen, welche Unzuträglichkeiten die gedachte Bestimmung im Gefolge hat und ein gleiches muss für die liquidationslose Fusion behauptet werden. Kann auch nicht verkannt werden, dass die Interessen der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft im Falle des § 306 eines besonderen Schutzes bedürfen, so gewinnt es doch den Anschein, als habe der Gesetzgeber, in dem Bestreben, die Gläubiger der Veräussererin möglichst sicher zu stellen, die Übernehmerin über Gebühr beeinträchtigt. Zweckentsprechender erscheint dem gegenüber eine an das italienische Recht sich anschliessende Regelung, die den Gläubigern ein Widerspruchsrecht gegen die Fusion innerhalb gewisser Frist gewährt mit der Wirkung, dass vor der Zurücknahme oder Erledigung der erhobenen Widersprüche eine Vereinigung der Vermögensmassen nicht erfolgen darf. Dann bedürfte es natürlich auch einer Publikation der Fusionsbeschlüsse, der Bilanz der Übernehmerin und einer Erklärung derselben, wie sie die Schulden zu tilgen gedenke.

Immerhin hat sich die besondere Regelung der Fusion gegenüber der allgemeinen Bestimmung des § 303 als den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens förderlich erwiesen. Ein Fortschreiten der Gesetzgebung auf dieser Bahn in Gestalt einer weiteren Ausdehnung des Fusionsbegriffes erscheint darnach wünschenswert. Insbesondere wäre eine entsprechende Bestimmung für die Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu befürworten, umsomehr, als für eine analoge Anwendung aktienrechtlicher Grundsätze hier (G. m. b. H. G. § 80) bereits Ansätze vorhanden sind.